JURIDICA

LEONTIN-JEAN
CONSTANTINESCO

TRATAT DE DREPT COMPARAT

METODA COMPARATIVĂ

VOL. 2

RESTITUTIO

-2-
III 251744

ALL

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BIBL. CENTR. UNIV.
„M. EMINESCU" IAȘI
III 251.744

BCU IAȘI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TRATAT DE
DREPT COMPARAT

VOLUMUL II

METODA COMPARATIVĂ

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

TRATAT DE DREPT COMPARAT - vol. II
METODA COMPARATIVĂ
Leontin - Jean Constantinesco
Ediție îngrijită de **Valeriu Stoica**
Traducere: **Dora Scarlat**

Copyright © 1998 **ALL EDUCATIONAL**

ISBN 973-9392-49-0

Toate drepturile rezervate Editurii **ALL EDUCATIONAL**.
Nici o parte din acest volum nu poate fi
copiată fără permisiunea scrisă a Editurii **ALL EDUCATIONAL**

Copyright © 1998 **ALL EDUCATIONAL**
All rights reserved
The distribution of this book outside of Romania
is prohibited without the written permission of **ALL EDUCATIONAL**

Editura **ALL EDUCATIONAL**

București, Bd. Timișoara nr. 58,
sector 6, cod 76548

☎ 413 11 58, 413 43 213
413 18 50, 413 07 20
Fax: 413 05 40

Departamentul difuzare

☎ 413 44 43, 413 16 12, 413 07 15
Fax: 413 03 29

Redactor: Marian Florescu
Coperta: Daniel Țuțunel

PRINTED IN ROMANIA

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

25697
39709

LEONTIN - JEAN CONSTANTINESCO

TRATAT DE
DREPT COMPARAT

VOLUMUL II
METODA COMPARATIVĂ

Ediție îngrijită de
Valeriu Stoica

Traducere
Dora Scarlat

Revizuirea traducerii
Valeriu Stoica
Adrian Tudorică

630176
B.C.U. IASI

ALL
ALL Educational

BCU IASI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

13.08.1998
B.C.U. „M. [illegible] GU"
— I A Ş I —
al 809.911

Colecţia Juridica, a editurii **ALL**:

1. **Codul Civil** - Ed. îngrijită de
   C. Bîrsan, V. Stoica, F. Baias, B. Dumitrache, A. Sebeni
2. **Drept civil. Introducere în dreptul civil**
   Paul Mircea Cosmovici
3. **Drept civil. Drepturi reale. Obligaţii. Legislaţie**
   Paul Mircea Cosmovici
4. **Codul de procedură civilă comentat şi adnotat**
   Gabriel Boroi, Dumitru Rădescu
5. **Introducere în teoria generală a dreptului**
   Ioan Ceterchi, Ion Craiovan
6. **Puterea lucrului judecat în materie civilă**
   Emese Florian
7. **Probleme de criminologie**
   I. Oancea
8. **Tratat de drept penal. Partea generală**
   I. Oancea
9. **Contenciosul administrativ român**
   Valentin I. Prisacaru
10. **Tratat de drept administrativ român**
    Valentin I. Prisacaru
11. **Filosofia dreptului - O istorie a ideilor**
    Ştefan Georgescu
12. **Drept comunitar**
    O. Manolache
13. **Drept comercial român**
    Stanciu D. Cărpenaru
14. **Drept execuţional penal**
    I. Oancea
15. **Tratat de dreptul familiei**
    Ion P. Filipescu
16. **Manual de drept penal. Partea generală**
    C. Bulai
17. **Drept internaţional - Introducere în dreptul internaţional public**
    Raluca Miga-Beşteliu
18. **Evicţiunea în contractele civile**
    Camelia Toader
19. **Adopţia şi protecţia copilului aflat în dificultate**
    Ion P. Filipescu

BCU CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

OPERE ALE ACELUIAŞI AUTOR

- *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand.* (Préface de René Cassin, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1940, 560 p.).

- *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé.* (Droit français, allemand, anglais, Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1960, 555 p.).

- *Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegatten im französischen Recht.* (Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1965, 104 p.).

- *Die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsnormen und der Rechtsschutz von Einzelpersonen im Recht der EWG.* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1969, 148 p.).

- *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1970, 145 p.).

- *Rechtsvergleichung, Band I, Einführung in die Rechtsvergleichung.* (Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1971, 298 p.).

- *Traité de droit comparé, Vol. I, Introduction au droit comparé.* (Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972, 243 p.).

- *Rechtsvergleichung, Band II, Die rechtsvergleichende Methode.* (Carl Heymanns-Verlag, Köln, 1972, 472 p.).

- *Tratat de drept comparat, vol. I. Introducere în dreptul comparat..* (Editura ALL, Bucureşti, 1997).

BCU IASI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

A Jacqueline et Georges Verdeaux

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

NOTA EDITORULUI

Volumul II al lucrării **Tratat de drept comparat** intitulat **Metoda comparativă** a fost publicat în limba germană (1972) şi în franceză (1974).

Prezenta ediţie reprezintă traducerea versiunii franceze: **TRAITÉ DE DROIT COMPARÉ,** Tome II, **LA MÉTHODE COMPARATIVE**; *Librairie de Droit et de Jurisprudence, Paris.*

S-a respectat numerotarea notelor de subsol şi s-au păstrat citatele în original.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

LISTA DE ABREVIERI

AAUIC	Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae
ABAJ	American Bar Association Journal
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Annales de droit commercial
AFG Perugia	Annali della Facoltà di giurisprudenza Perugia
AJoCL	American Journal of Comparative Law
AJoIL	American Journal of International Law
AmLR	American Law Review
AnFD Istanbul	Annales de la Faculté de droit d'Istanbul
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Articolul
ARWiphil	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
AStRe	Archiv für Strafrecht
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BGB	Burgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilisachen
BISS	Bulletin international des Sciences sociales (Unesco Paris)
BSLC	Bulletin de la Société de Législation comparée
BYIL	British Yearbook of International Law
CamLJ	Cambridge Law Journal
Canadian BA	Canadian Bar Association
C. civ.	Codul civil
C. com.	Codul comercial
CDE	Cahiers de Droit Européen
C.E.	Conseil d'Etat
CECA	Comunitatea europeană a cărbunelui şi oţelului
CEE	Comunitatea economică europeană
Chron.	Chronique
CLJ	Cambridge Law Journal
CJCE	Curtea de justiţie a Comunităţilor europene
CMLR	Common Market Law Review

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Columbia LR	Columbia Law Review
D.	Dalloz, Recueil périodique et critique
Diss.	Dissertation (Teză de doctorat germană)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
D.P.	Dalloz Périodique
DtRwiss	Deutsche Rechtswissenschaft
ed.	ediţia
EuR	Europarecht
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HarvLR	Harvard Law Review
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
JbIVeVglRwiss	Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)
JoCL	Journal of Comparative Law
JoLE	Journal of Legal Education
JR	Juristische Rundschau
JSPTL	Journal of The Society of Public Teachers of Law
JuRev.	Juridical Review (Edinborough)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
Livre du Centenaire	Livre du Centenaire de la Société de Législation comparée.
spécial de la	Un siècle de droit comparé en France. Numéro RIDC, vol. I, Paris, 1969; vol. II, Paris, 1971
LQR	Law Quarterly Review
Louisiana LR	Louisiana Law Review
MichLR	Michigan Law Review
MKSR	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OSTEuRe	Osteuroparecht
PCdDC	Problèmes contemporains de droit comparé. Institut japonais de droit comparé. Université Chuo (Tokio 1962) 2 vol.
Procès-verbaux	Congrès International de droit comparé tenu à Paris des 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents (Paris 1905) 2 vol.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
RCLJ	Revue critique de Législation et jurisprudence
Recueil Lambert	Introduction à l'étude du droit comparé; Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert (Paris 1938) 3 vol.
RGDIP	Revue générale de droit international public
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIdHPC	Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle
RIdlE	Revue internationale de l'enseignement
RIFD	Rivista internazionale di filosofia del diritto
RISA	Revue internationale de Science administrative
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Sec.	Secţiune
StbJ	Steuerberater Jahrbuch
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
Temple LQ	Temple University Law Quarterly (Philadelphia)
TLR	Tulane Law Review
Toronto LJ	Toronto Law Journal (s. a. UTLJ)
UoCLR	University of Chicago Law Review
UTLJ	The University of Toronto Law Journal
Vol.	Volumul
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZfHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZvglRwiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

BCU ASTRA CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CUVÂNT ÎNAINTE

Compararea reprezintă un procedeu general al spiritului. De aceea, numeroase ştiinţe sau discipline au reluat-o şi au dezvoltat-o, pentru a face din ea o metodă proprie de cercetare. Şi în domeniul juridic, metoda comparativă se dovedeşte a fi un instrument ştiinţific ce înlesneşte atingerea anumitor obiective: e un mijloc pus în slujba a numeroase scopuri.

Obiectul acestei lucrări este examinarea metodei comparative ca instrument specific şi punerea astfel în evidenţă a diferitelor demersuri pe care comparatistul trebuie să le întreprindă pentru a realiza un studiu comparativ.

Două observaţii prealabile vor să precizeze spiritul în care se va dezvolta prezentul studiu. Prin numeroasele sale aplicaţii în domeniul ştiinţelor sociale, metoda comparativă a avut legături frecvente şi prelungite cu diferite discipline juridice. Ea a făcut posibilă mai ales naşterea etnologiei şi a sociologiei juridice, înnoirea teoriei *Kulturkreise* şi a istoriei civilizaţiei, a istoriei dreptului vechi sau a istoriei dreptului în general. Dar în fiecare dintre aceste domenii, metoda comparativă a avut de răspuns şi a trebuit să se supună nevoilor specifice ale disciplinei respective. Nu va fi vorba aici de a examina folosirea metodei comparative de către aceste diverse discipline, ci numai de a cerceta aplicarea acestei metode în cazul ordinilor juridice contemporane. Totuşi, pentru a preciza anumite probleme metodologice, vom evoca în mod incidental unele aspecte ale metodei comparative aplicată disciplinelor pe care le-am menţionat.

Metoda trebuie să îndeplinească, pentru comparatist, funcţia pe care busola, hărţile şi aparatele de navigaţie o asigură pentru navigator; adică aceea a unui instrument ce îi oferă puncte de reper stabile şi îi uşurează manevrele, pentru a-l purta pe drumul cel mai sigur către ţelul dorit.

Analizând metoda comparativă, nu intenţionez să mă las purtat pe aripile speculaţiei către piscurile abstractizării. Scopul meu este mai puţin ambiţios şi mai concret; mai terestru şi mai puţin înalt. Această lucrare, consacrată metodei comparative ca instrument de cercetare, nu-şi propune să o justifice în abstract sau să aducă o contribuţie la teoria generală a metodologiei. Ea nu vizează nici elaborarea şi propunerea unei teorii a metodei comparative. Căci, pe de o parte, metoda comparativă există; pe de altă parte, încercările realizate în cadrul

teoriei sau al filozofiei dreptului privind dreptul comparat, dacă s-au dovedit interesante ca jocuri ale speculaţiei abstracte, n-au adus nimic concret nici pentru dreptul comparat, nici pentru metoda comparativă. Mai modest şi mai concret, acest studiu îşi propune să examineze metoda comparativă în sine. El doreşte să analizeze această metodă nu într-o manieră întâmplătoare sau ocazională, ci în mod bine gândit, ordonat şi sistematic. De asemenea, studiul caută să cuprindă metoda în ansamblul ei şi sub toate aspectele[1], nu doar de o manieră fragmentară.

De vreme ce dreptul comparat şi-a cucerit dreptul la existenţă dovedindu-şi vitalitatea prin chiar viaţa sa, întocmai cum filozoful din antichitate demonstra mişcarea prin mers, e timpul să supunem metoda comparativă unui examen analitic şi critic, să-i precizăm procedeele şi să-i descriem funcţionarea. E vorba deci de a vedea care sunt elementele metodei comparative, care este demersul raţional pe care spiritul trebuie să-l întreprindă pentru a realiza un studiu comparativ, care sunt principalele obstacole şi capcane metodologice pe care juristul trebuie să le depăşească. E vorba, în sfârşit, de a înlocui în acest domeniu politica empirică, personală şi ocazională urmată până acum printr-o politică de inspiraţie raţională. Totuşi, este sigur că mai cu seamă învăţămintele dobândite prin experienţa personală, cu prilejul mai multor studii comparative şi de drept străin, sunt cele care vor lumina mai bine analiza la care e supusă metoda comparativă.

Scopul urmărit nu e teoretic, ci practic. Acest studiu nu caută să dea metodei comparative rigiditatea matematică sau alura dogmatică pe care alte metode le posedă sau doresc să le aibă. Fără a evita exprimarea propriei poziţii, atunci când va fi necesar, cu privire la unele chestiuni teoretice, studiul îşi propune să nu părăsească realitatea concretă şi să nu piardă din vedere latura utilă spre care aspiră. Pe de altă parte, nu e vorba aici de un studiu de drept comparat aplicat. Exemplele date vizează numai ilustrarea problemelor metodologice respective. Pentru a nu îngreuna expunerea, ele vor fi reduse la minimum şi nu vor fi examinate în detaliile lor de jurisprudenţă şi de doctrină. Foarte adesea, exemplele vor fi extrase din propriile mele lucrări comparative.

Acest volum reprezintă o versiune revăzută şi îmbunătăţită, pe mai multe planuri, în raport cu versiunea germană, deja publicată. Într-

[1] *Gutteridge*, **Le droit comparé** (traducere franceză Paris 1953) 101 scrie că "e dificil, dacă nu imposibil, să descriem în mod satisfăcător felul în care funcţionează metoda comparativă; trebuie să ne resemnăm a lua în considerare numai câteva dintre obstacolele ce se cer depăşite, pentru a nu vedea compararea epuizându-se în eforturi zadarnice sau ducând la concluzii greşite".

adevăr, am dorit să ţin seamă, în măsura posibilului, de câteva lucrări apărute la începutul anului 1972. În sfârşit, întârzierea publicării acestui volum va influenţa apariţia volumului al treilea.

Volumul va fi împărţit în trei cărţi. Prima este consacrată examinării mai multor chestiuni metodologice prealabile şi mai ales analizării problemei comparabilităţii. Obiectul celei de a doua cărţi este determinarea, examinarea şi descrierea diferitelor faze ale procesului metodologic. În fine, a treia carte va preciza diferitele scopuri şi funcţii ce pot fi atribuite metodei comparative.

Înainte de a termina, ţin să mulţumesc colaboratorilor mei, domnilor asistenţi *Lujo Fadé* şi *Peter Kaukars*, pentru preţiosul lor ajutor tehnic, ca şi doamnei *Dach* şi domnişoarei *Schuler*, care au dactilografiat acest manuscris.

Coveta Fumà,
septembrie 1972.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CARTEA ÎNTÂI

PRINCIPALELE ELEMENTE ALE METODEI COMPARATIVE ŞI PROBLEMA COMPARABILITĂŢII

"Schlechte Rechtsvergleichung ist schlimmer als keine".

Paul Koschaker

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

1. PLANUL CĂRȚII

Aplicată de fiecare comparatist în mod empiric, metoda comparativă nu constituie încă astăzi, şi în pofida folosirii ei frecvente, decât un instrument (născut din rutina şi experienţa personală), fiind astfel tributară incertitudinii şi impreciziei. Numeroasele eseuri tratând despre metoda comparativă nu au reuşit decât să dezvolte o masă de observaţii, uneori exacte dar fragmentare, adesea contradictorii sau incoerente, întotdeauna incomplete. Probleme metodologice foarte importante nu au fost rezolvate. Aceasta se datorează probabil faptului că cei care, prin studiile lor comparative, căpătaseră experienţa acestei metode şi puteau să-şi aducă contribuţia la analiza ei, nu au făcut-o, în timp ce majoritatea celor care au făcut-o erau lipsiţi de experienţa necesară.

Totuşi, numai o analiză sistematică va putea dezvălui problemele pe care le pune metoda comparativă şi va putea permite orientarea cercetării spre soluţii valabile. Această primă carte va încerca tocmai, printr-o serie de observaţii liminare, să degajeze terenul şi să precizeze principalele probleme ale metodei comparative ca instrument de investigare. Ea va fi împărţită în trei capitole. Primul va examina anumite elemente şi problemele principale ale metodei comparative. Al doilea capitol va fi consacrat problemei comparabilităţii termenilor de comparat. Al treilea capitol va trata despre problema comparabilităţii ordinilor juridice.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I

ELEMENTE ŞI PROBLEME ALE METODEI COMPARATIVE

2. Aspectul fragmentar şi incomplet al studiilor despre metoda comparativă

În urmă cu mai bine de un secol, *Jhering* scria că "die vergleichende Jurisprudenz ist die Methode der Rechtswissenschaft der Zukunft". Totuşi, insuficienţa metodei, de care se resimt multe studii comparative ale secolului trecut, a contribuit nu numai la risipirea unui mare capital de energie şi de erudiţie, dar şi la discreditarea dreptului comparat prin calitatea neştiinţifică şi uneori absurdă a rezultatelor obţinute. Rezultatele greşite obţinute de istoria comparată a dreptului şi de etnologia juridică au pus mai bine în lumină insuficienţa metodei în dreptul comparat. *Maitland* sublinia cât au fost de dezolante, din punct de vedere ştiinţific şi metodologic, anumite studii ale lui *Sumner Maine* şi *Josef Kohler* [1].

Aceasta explică de ce în 1900, Congresul de drept comparat căuta să "furnizeze ştiinţei dreptului comparat o formulă precisă şi o direcţie sigură de care are nevoie pentru a-şi asigura dezvoltarea"[2,3]. Desigur, câteva progrese au fost realizate. Totuşi în 1925, *Binder*[4] vorbea despre "Theorien der Rechtsvergleichung, denen wir den Vorwuf nich ersparen können, dass sie sichnirgends über dilettantische Versuche einer Theorie erheben." Încă în 1938, *Koschaker*[5] scria că "din nefericire, principiile fixe

---

[1] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 53.

[2] **Circulaire de la Société française de législation comparée**, BSLC XXIX (1900) 219.

[3] În raportul său general *Lambert* (**Procès-Verbaux**) I, 29 constata că: "Aceeaşi etichetă acoperă produsele cele mai variate. La ora aceasta dreptul comparat nu constituie o ramură unitară a literaturii juridice. Sub acest nume colectiv sunt adunate mai multe tipuri net distincte de lucrări având fiecare obiectul lor şi scopul lor propriu".

[4] *Binder*, **Philosophie des Rechts** (Berlin 1925) 961.

[5] *Koschaker*, **L'histoire du droit comparé en Allemagne** (**Recueil Lambert**, Paris 1938) I, 282.

ale folosirii metodei comparative lipsesc încă". În 1969, profesorul *Blagojevic*[6] indica pe drept cuvânt că "problema comună actuală a dreptului comparat luat în ansamblul său, problema şi sarcina comună tuturor comparatiştilor, este de a defini un mod apropriat de aplicare a dreptului şi a metodei comparative, de a determina, pentru a spune astfel, o metodologie modernă a dreptului şi metodei comparative".

La peste treizeci de ani după *Koschaker* şi la un secol după *Jhering*, trebuie să constatăm că în pofida ameliorărilor situaţia nu s-a schimbat fundamental[7]. Chiar redus la metoda comparativă, cum o afirmă astăzi opinia dominantă, dreptul comparat nu se poate mândri cu certitudinea liniştitoare de a fi găsit această *direcţie sigură* pe care o căuta la începutul secolului, sau de a-şi fi precizat definitiv metoda şi funcţionarea ei. Într-adevăr, în ciuda mai multor tratate şi unui număr impresionant de articole[8] privind diverse aspecte metodologice ale dreptului comparat, un studiu detaliat al funcţionării şi al problemelor specifice pe care le pune metoda comparativă lipseşte. Unele tratate de drept comparat nu îi dedică metodei comparative nici un capitol[9]; altele o examinează[10]

---

[6] *Borislav Blagojevic*, **Allocution, Livre du centenaire de la Société de législation comparée** (Paris 1971) II, 27.

[7] *Langrod* (**Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique**, RIDC 1957, 353 ş.a.) critică cu ardoare metoda actuală. După el, juriştii fac comparare cum făcea domnul Jourdain proză. El precizează că (354): "ştiinţa comparativă a dreptului nu pare să fi ieşit încă din perioada bolilor infantile. Confuzii conceptuale şi semantice grave dăinuie încă şi comparatiştii sunt mai înclinaţi să întreprindă cercetări monografice, să descrie diferenţele de opinii între autorii rarelor manuale decât să adopte o poziţie, precizând câteva soluţii de bază în planul principiilor. Ştiinţa comparativă a dreptului are aerul că bate pasul pe loc, fără să existe un acord generalizat în privinţa problemelor esenţiale pe care le pune".

[8] Nu trebuie decât să examinăm cele treisprezece studii grupate în **Recueil Lambert** sub titlul "**La méthode et les fonctions du droit comparé**" pentru a ne da seama că în afara studiului lui *Koschaker*, nici unul nu aduce o contribuţie valabilă la metoda comparativă.

[9] *Arminjon - Nolde - Wolff* (**Traité de droit comparé**, Paris 1950, I) nu se ocupă deloc de metodă. Ei dedică primele trei capitole ale Tratatului lor (10-41) problemei naturii, a obiectului dreptului comparat şi a dreptului comparat ca ştiinţă autonomă.

[10] *R. David* (**Traité élémentaire de droit civil comparé**, Paris 1950) dedică primul capitol metodei comparative. Este unul din puţinii autori care trece problema în perspectivele ei adevărate, deşi poate uneori într-un mod prea general şi nu destul de sistematizat. Vom reveni asupra mai multor reguli metodologice pe care le stabileşte. *Otetelisano* (**Esquisse d'une théorie générale de la Science du droit comparé**, Paris 1940) dedică un capitol (321-345) acestei probleme şi începe prin a expune şi examina concepţiile lui *Kohler* şi *Lambert* despre *metodele* dreptului comparat. Or concepţiile metodologice ale acestor autori au dezavantajul sporit de a fi divergente, fragmentare, nesistematice, depăşite şi mai ales grevate de faptul că definesc metoda comparativă în funcţie de scopurile, întotdeauna multiple

prin observaţii juste sau sfaturi necesare, deşi adeseori doar de natură practică[11]. Alţi comparatişti au examinat incidental diferite aspecte şi probleme ale metodei comparative. Ajunge să ne gândim la exemplul,

---

şi diverse. Desigur, cele câteva reguli metodologice pe care le putem deduce sunt exacte, dar depăşite sau banale în simplicitatea lor (compararea trebuie să se facă între instituţiile popoarelor ajunse la acelaşi stadiu de dezvoltare; comparatistul trebuie să distingă esenţialul de accidental; el trebuie să explice istoric diferenţele constatate, etc). Pe urmă *Otetelisano* supune metoda comparativă unei analize proprii (329-345). Principalele neajunsuri ale concepţiei sale constau: a) în confuzia pe care o face între metodă şi procedeu de cercetare. După el, metoda istorică şi cea comparativă corespund "celor patru metode generale de investigaţie pe care le întâlnim în toate ştiinţele, adică: observaţia, experienţa şi inducţia, la care se adaugă metoda de verificare, adică deducţia" (329). b) Metoda comparativă "înglobează cele trei metode generale ştiinţifice: observaţia, experienţa şi inducţia, completate de a patra metodă generală a ştiinţelor: deducţia (335). c) Regulile metodologice pe care le stabileşte (studierea instituţiei dreptului străin mai întâi în coduri şi legi; apoi în jurisprudenţă şi în doctrină; stabilirea diferenţelelor şi asemănărilor) au devenit banalităţi.

[11] *Gutteridge* consacră un capitol (101-119) metodei, dar nu dă decât câteva sfaturi practice privind materia comparării şi izvoarele dreptului ordinilor juridice continentale pentru comparatistul englez. *Schnitzer* (**Vergleichende Rechtslehre**, Basel, ed. a 2-a, 1961, I, 98-106) dă la rândul său câteva sfaturi practice privind terminologia, strângerea materialului, verificarea autenticităţii acestuia, etc. *Rodèire* (**Introduction au droit comparé**, Barcelone 1967) consacră trei pagini (85-87) metodei şi stabileşte trei reguli care sunt de deasemenea nişte generalităţi. *Tripiccione* (**La comparazione giuridica**, Padova 1961) consacră un capitol (57-93) comparării juridice (*comparazione giuridica*) dar în ciuda unor citări numeroase nu aduce nici o contribuţie nouă. *Felipe de Sola Cañizares* (**Iniciacion al derecho comparado**, Barcelona 1954) îi consacră un capitol (125-143) dar, după cum indică şi titlul ("el empleo del método comparativo"), el dă sfaturi practice şi nu realizează analiza procesului metodologic. Situaţia este şi mai puţin fericită în ceea ce priveşte articolele a căror calitate nu corespunde cantităţii lor. Multitudinea articolelor şi caracterul eterogen al problemelor atinse doar în treacăt fac dificil orice efort de sistematizare a poziţiei autorilor. Aceasta cu atât mai mult cu cât majoritatea acestor autori nu a sesizat problemele specifice pe care le pune metoda comparativă. Bibliografiei - lungă şi totuşi incompletă - lui *Schnitzer* (I, 98, 99, 119), i se poate adăuga, în ceea ce priveşte literatura de limbă engleză, bibliografia lui *Schlesinger* (**Comparative Law - Cases-Text-materials**, London, ed. a 2-a, 1960 - 502 şi urm.) din care o parte indică articole ce tratează problema învăţământului de drept comparat. Autorii acestor articole consemnează pe scurt unele păreri personale asupra metodei, păreri datorate speculaţiei sau experienţei. Totuşi, doar cu câteva excepţii, aportul lor în ceea ce priveşte problema care ne interesează rămâne nesemnificativ. Excelenta şi atât de utila lucrare a lui *Charles Szaladits* (**Bibliography on Foreign and Comparative Law**, 3 volume cu actualizări anuale) dă lista completă a publicaţiilor din Statele Unite. În acelaşi sens trebuie consultată, în cazul Angliei, lucrarea **List of Current Legal Research Topics** (ed. a 17-a, 1969) publicată de Universitatea din Londra şi de *Society of Public Teachers of Law*.

fecund în studii comparative şi în învăţăminte metodologice, al lui *Ascarelli*[12]. Acest comparatist, ca atâţia alţii, a fost determinat, cu ocazia studiilor comparative pe care le-a întreprins, să facă observaţii metodologice sau să precizeze anumite reguli. Totuşi, toţi au făcut-o în mod empiric şi fragmentar, general sau aluziv, cel mai adesea abstract. În orice caz, studiul metodei comparative a fost întotdeauna incident şi incomplet, făcut în trecere cu ocazia studiilor comparative propriu-zise. Consecinţa acestui fapt este că în fiecare din aceste lucrări sau articole putem aduna câteva sfaturi metodologice, exacte sau mai mult sau mai puţin utile, dar un studiu de ansamblu, dedicat în mod specific analizei sistematice a metodei comparative lipseşte[13]. Rezultatul este o stare de confuzie generală[14]. Din această utilizare personală şi intuitivă, spontană şi pragmatică nu se poate desprinde decât un ansamblu de procedee fragmentare, contradictorii, nesigure şi destrămate, care nu merită numele de metodă. Deoarece este vorba mai mult de un instrument de rutină decât de o metodă raţională, de un ansamblu de procedee empirice şi incomplete, decât de o *direcţie fermă*. Totuşi, dacă vrem să scoatem dreptul comparat din meandrele în care riscă să-l arunce

---

[12] A se vedea *T. Ascarelli*, **Studi di diritto comparato in tema di interpretazione** (Milano, 1952) I, mai ales Prefazione şi Considerazioni generali.

[13] Trebuie să citãm, ca excepţie, următoarele rapoarte prezentate la Congresul de la Viena (1963) de Grupul german de drept public comparat, şi publicat în ZaöRV 24 (1964): *Joseph Kaiser*, **Vergleichung im öffentlichen Recht**; *H. Strebel*, **Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht**; *R. Bernhardt*, **Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht. Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der Internationalen Organisation leisten?** Aceste rapoarte conţin observaţii numeroase şi preţioase privind metoda comparativă. Trebuie să menţionăm de asemenea ca excepţie câteva aticole ca, de exemplu, cele ale lui *Fr. W. von Rauchhaupt*, **Die Wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung**, ARWiph 23 (1929/30) 149 şi urm.; *G. Langrod*, **Réflexions méthodologiques**; *J. B. Herzog*, **Les principes et les méthodes du droit pénal comparé**, RIDC 9 (1957) 337 şi urm.; *Seidl-Hohenveldern*, **Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrechet, Festschrift Verdross** (Wien 1960) 256; *acelaşi*, **Methods for a comparative approach to public international Law**, **Recueil Egawa** (Tokio 1961), 153 şi urm.; *Mirkine-Guetzevich*, **Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé**, RIDC 1 (1949) 397 şi urm.; *H. H. Jescheck*, **Entwicklung, Anfgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung** (Tübingen 1955); etc.

[14] La juriştii aparţinând Sistemului *socialist* constatăm aceleaşi confuzii metodologice. *Viktor Knapp* (**Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé**, Revue roumaine des sciences sociales, Série des sciences juridiques, 1968, 78) scrie: "În prezent, când ştiinţa dreptului comparat a devenit, în ţările socialiste, ca să spunem aşa, la modă, este adesea confundată cu tot felul de lucruri care nu au nimic comun cu ştiinţa şi asta tocmai din cauza lipsei absolute de elucidare a chestiunilor metodologice".

incertitudinile metodologice, trebuie să încercăm să ne ridicăm deasupra multitudinii procedeelor empirice şi personale, pentru a fixa în mod obiectiv, cu marile linii ale metodei[15], această direcţie sigură. Abandonată spontaneităţii iniţiativelor individuale[16], metoda comparativă riscă să se piardă în confuzie, sau să vegeteze în starea de experienţă artizanală.

Numai depăşind tatonările empirice şi intuiţia comparatiştilor, numai deasupra varietăţii procedeelor individuale, vom putea preciza metoda comparativă, prin ceea ce implică ea obiectiv specific şi general valabil. Pentru a face acest lucru, este vorba nu numai de a lumina cu o lumină mai vie obiectivul de atins, dar şi de a încerca să impunem itinerarul pe care-l parcurge metoda comparativă în aplicarea sa, în acelaşi timp cu direcţia care ghidează mersul raţional al spiritului, o jalonare precisă.

3. Experienţa personală şi învăţământul metodologic

Valoarea observaţiilor metodologice făcute de comparatişti cu ocazia studiilor comparative este sigură. De fapt, numai cei care au întreprins ei înşişi un studiu având ca obiect o ordine de drept străină, care au

---

[15] Acesta era cu siguranţă scopul mesei rotunde organizate la Paris în 17 februarie 1949, cu ocazia comemorării a 80 de ani de existenţă a Societăţii de legislaţie comparată, despre folosirea metodei comparative în diferitele ramuri ale dreptului: drept privat, public şi penal. Din darea de seamă (RIDC 1, 1949, 487 şi urm.) rezultă că în pofida participării numeroşilor comparatişti foarte reputaţi, rezultatele au fost dezamăgitoare. Pe lângă câteva remarci foarte pertinente, există un mare număr de locuri comune, din care o mare parte nu are nimic de-a face cu analiza sistematică a metodei comparative. La sfârşitul discuţiei despre primul subiect, *Langrod* (RIDC 1949, 504) revenea asupra scopului întâlnirii care era "să studieze aspectul metodologic al problemei şi să cunoască tehnica comparativă" şi constata că această "muncă nu a fost făcută până acum". Printre raportori doar *M. Ancel* pune exact problema metodei comparative în dreptul penal (RIDC 1949, 512).

[16] *Langrod* (**Réflexions**, 355) denunţă puternic şi în mai multe rânduri această metodă "lăsată la aprecierea pur individuală a fiecărui cercetător". Totuşi, unii autori sunt chiar de părere că scopurile comparării influenţează atât de mult asupra metodei, încât aceasta n-ar putea fi fixată dinainte. În acest sens *Caemmerer* şi *Zweigert* (**Evolution et état actuel de la méthode du droit comparé en Allemagne, Livre du centenaire**, II, 284) scriu: "Generalizând, se poate spune că desfăşurarea unui studiu şi a unui expuneri de drept comparat este întotdeauna comandată de sarcinile ce trebuie îndeplinite şi acestea pot fi atât de diverse, că n-am putea fixa dinainte o metodă determinată". Aceşti autori presupun (282) că *Rabel* era de aceeaşi părere: "*Rabel* n-a făcut decât să atingă această chestiune. El estima, se pare că şi pentru acest punct, că metoda nu trebuie să fie determinată *a priori*, ci trebuie să se dezvolte şi să dovedească în aplicarea practică".

B.C.U. „M. EMINESCU" IAŞI

încercat să descifreze prin propriile lor eforturi secretele terminologiei juridice şi ale dreptului străin, pot afirma ceva valabil privind metoda comparativă. Toţi cei care fac drept comparat fără cunoaşterea limbilor străine şi fără cunoaşterea dreptului străin, deci fără studiu personal privind dreptul comparat, utilizând doar monografiile comparative pe care alţi autori le-au elaborat în propria lor limbă, improvizează pe marginea unei probleme pe care nu o cunosc. În mod necesar, calitatea observaţiilor metodologice pe care le fac este invers proporţională cu numărul lor: aceste observaţii n-au de fapt nici o greutate.

Numai cunoaşterea directă a chestiunilor metodologice, obţinută prin experienţa personală în aplicarea metodei comparative, poate pune în lumină adevăratele probleme metodologice. Imaginaţia şi speculaţia nu sunt aici de nici un ajutor. Învăţămintele comparative obţinute prin experienţă personală sunt ceva; compararea făcută prin persoane interpuse este altceva. Această distincţie banală explică de ce foarte des discursurile despre metoda comparativă, care sunt mai degrabă expresia unei convingeri foarte lăudabile decât a unei experienţe ştiinţifice valabile, nu au valoare adevărată.

4. DEZAVANTAJELE VECHILOR DEFINIŢII ALE METODEI COMPARATIVE

Aşa cum a fost deja indicat[17] numeroase formule propuse pentru a defini dreptul comparat vizau în realitate metoda comparativă. Dacă autorii nu s-au putut pune de acord asupra uneia din definiţiile propuse, aceasta se întâmplă în principal din două motive.

Mai întâi, incertitudinile controversei privind existenţa unei ştiinţe a dreptului comparat, ca disciplină autonomă, apăsau asupra acestei definiţii. Aceste incertitudini sunt vizibile mai ales la autori care, admiând existenţa unei ştiinţe a dreptului comparat, se deosebesc în ceea ce priveşte scopul acestei discipline autonome. Al doilea motiv constă în faptul că aproape toţi cei care admit că metoda comparativă nu este decât o metodă, nu o definesc ca atare, ci prin raportare la scopul sau la scopurile predominante pe care, după ei, ea trebuie să le atingă şi prin raportare la funcţiile pe care ea şi le poate asuma. De fapt, fiecare din autori pune accentul pe unul sau altul din aceste elemente. Astfel, multitudinea scopurilor şi funcţiilor metodei comparative duce în mod necesar la o multitudine de definiţii ale căror neajunsuri sunt de trei feluri: pe de o parte, controversele multiple, în cea mai mare parte a

[17] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 67, 68, 73, 74.

incertitudinile metodologice, trebuie să încercăm să ne ridicăm deasupra multitudinii procedeelor empirice şi personale, pentru a fixa în mod obiectiv, cu marile linii ale metodei[15], această direcţie sigură. Abandonată spontaneităţii iniţiativelor individuale[16], metoda comparativă riscă să se piardă în confuzie, sau să vegeteze în starea de experienţă artizanală.

Numai depăşind tatonările empirice şi intuiţia comparatiştilor, numai deasupra varietăţii procedeelor individuale, vom putea preciza metoda comparativă, prin ceea ce implică ea obiectiv specific şi general valabil. Pentru a face acest lucru, este vorba nu numai de a lumina cu o lumină mai vie obiectivul de atins, dar şi de a încerca să impunem itinerarul pe care-l parcurge metoda comparativă în aplicarea sa, în acelaşi timp cu direcţia care ghidează mersul raţional al spiritului, o jalonare precisă.

3. Experienţa personală şi învăţământul metodologic

Valoarea observaţiilor metodologice făcute de comparatişti cu ocazia studiilor comparative este sigură. De fapt, numai cei care au întreprins ei înşişi un studiu având ca obiect o ordine de drept străină, care au

---

[15] Acesta era cu siguranţă scopul mesei rotunde organizate la Paris în 17 februarie 1949, cu ocazia comemorării a 80 de ani de existenţă a Societăţii de legislaţie comparată, despre folosirea metodei comparative în diferitele ramuri ale dreptului: drept privat, public şi penal. Din darea de seamă (RIDC 1, 1949, 487 şi urm.) rezultă că în pofida participării numeroşilor comparatişti foarte reputaţi, rezultatele au fost dezamăgitoare. Pe lângă câteva remarci foarte pertinente, există un mare număr de locuri comune, din care o mare parte nu are nimic de-a face cu analiza sistematică a metodei comparative. La sfârşitul discuţiei despre primul subiect, *Langrod* (RIDC 1949, 504) revenea asupra scopului întâlnirii care era "să studieze aspectul metodologic al problemei şi să cunoască tehnica comparativă" şi constata că această "muncă nu a fost făcută până acum". Printre raportori doar *M. Ancel* pune exact problema metodei comparative în dreptul penal (RIDC 1949, 512).

[16] *Langrod* (**Réflexions**, 355) denunţă puternic şi în mai multe rânduri această metodă "lăsată la aprecierea pur individuală a fiecărui cercetător".Totuşi, unii autori sunt chiar de părere că scopurile comparării influenţează atât de mult asupra metodei, încât aceasta n-ar putea fi fixată dinainte. În acest sens *Caemmerer* şi *Zweigert* (**Evolution et état actuel de la méthode du droit comparé en Allemagne, Livre du centenaire**, II, 284) scriu: "Generalizând, se poate spune că desfăşurarea unui studiu şi a unui expuneri de drept comparat este întotdeauna comandată de sarcinile ce trebuie îndeplinite şi acestea pot fi atât de diverse, că n-am putea fixa dinainte o metodă determinată". Aceşti autori presupun (282) că *Rabel* era de aceeaşi părere: "*Rabel* n-a făcut decât să atingă această chestiune. El estima, se pare că şi pentru acest punct, că metoda nu trebuie să fie determinată *a priori*, ci trebuie să se dezvolte şi să dovedească în aplicarea practică".

încercat să descifreze prin propriile lor eforturi secretele terminologiei juridice şi ale dreptului străin, pot afirma ceva valabil privind metoda comparativă. Toţi cei care fac drept comparat fără cunoaşterea limbilor străine şi fără cunoaşterea dreptului străin, deci fără studiu personal privind dreptul comparat, utilizând doar monografiile comparative pe care alţi autori le-au elaborat în propria lor limbă, improvizează pe marginea unei probleme pe care nu o cunosc. În mod necesar, calitatea observaţiilor metodologice pe care le fac este invers proporţională cu numărul lor: aceste observaţii n-au de fapt nici o greutate.

Numai cunoaşterea directă a chestiunilor metodologice, obţinută prin experienţa personală în aplicarea metodei comparative, poate pune în lumină adevăratele probleme metodologice. Imaginaţia şi speculaţia nu sunt aici de nici un ajutor. Învăţămintele comparative obţinute prin experienţă personală sunt ceva; compararea făcută prin persoane interpuse este altceva. Această distincţie banală explică de ce foarte des discursurile despre metoda comparativă, care sunt mai degrabă expresia unei convingeri foarte lăudabile decât a unei experienţe ştiinţifice valabile, nu au valoare adevărată.

4. Dezavantajele vechilor definiţii ale metodei comparative

Aşa cum a fost deja indicat[17] numeroase formule propuse pentru a defini dreptul comparat vizau în realitate metoda comparativă. Dacă autorii nu s-au putut pune de acord asupra uneia din definiţiile propuse, aceasta se întâmplă în principal din două motive.

Mai întâi, incertitudinile controversei privind existenţa unei ştiinţe a dreptului comparat, ca disciplină autonomă, apăsau asupra acestei definiţii. Aceste incertitudini sunt vizibile mai ales la autori care, admiând existenţa unei ştiinţe a dreptului comparat, se deosebesc în ceea ce priveşte scopul acestei discipline autonome. Al doilea motiv constă în faptul că aproape toţi cei care admit că metoda comparativă nu este decât o metodă, nu o definesc ca atare, ci prin raportare la scopul sau la scopurile predominante pe care, după ei, ea trebuie să le atingă şi prin raportare la funcţiile pe care ea şi le poate asuma. De fapt, fiecare din autori pune accentul pe unul sau altul din aceste elemente. Astfel, multitudinea scopurilor şi funcţiilor metodei comparative duce în mod necesar la o multitudine de definiţii ale căror neajunsuri sunt de trei feluri: pe de o parte, controversele multiple, în cea mai mare parte a

[17] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 67, 68, 73, 74.

timpului sterile; pe urmă, absenţa unei definiţii a metodei comparative ca atare, adică în calitate de instrument şi nu în funcţie de pluralitatea scopurilor pe care ea le poate servi; în sfârşit, din cauza aceasta, absenţa unei baze ferme pentru un studiu sistematic al metodei comparative. De fapt, aceasta nu-şi poate schimba structura în funcţie de scopurile în vederea cărora este aplicată şi aceasta contrar a ceea ce crede un mare număr de autori. Pentru toate aceste motive, orice analiză a metodei comparative trebuie să reia problema de la început.

5. COMPARAREA[18] ŞI METODA COMPARATIVĂ

Compararea este o operaţiune a spiritului prin care se reunesc într-o confruntare metodică obiectele de comparat, pentru ca raporturile lor să fie precizate. În aceasta ea constituie un proces general care nu este propriu gândirii ştiinţifice ci aparţine pur şi simplu spiritului omenesc. Această afirmaţie globală pune o serie de probleme care au dat naştere fiecare la numeroase discuţii şi neînţelegeri.

Elementul principal al comparării constă în scopul său abstract care este de a pune în evidenţă raporturile existente între obiectele comparate. Aceasta conduce mai întâi la observaţia că nu trebuie să se limiteze compararea la expunerea informativă a diverselor obiecte care se compară. Nu există comparare veritabilă atunci când analiza se epuizează în expunerea paralelă a caracteristicilor a două obiecte pe care vrem să le comparăm[19]. Rezultă de aici că obiectele comparate nu sunt nişte *constante*, ci nişte *variabile*. De altfel, prin aceasta se distinge compararea de estimare, al cărei scop nu este de a desprinde punctele comune între obiectele comparate, ci de a evalua sau de a măsura aceste obiecte din punctul de vedere al valorii lor, ceea ce ar duce inevitabil la considerarea unuia dintre obiecte ca o constantă. Compararea variabilelor impune în consecinţă ca examenul imparţial să nu fie făcut în scopul de a proceda la o estimare a valorii lor, în sensul absolut al termenului[20], ci pentru a desprinde fie meritele lor relative, fie interesul lor în raport cu scopul pe care îl urmărim.

Dacă termenii de comparat sunt variabile cărora trebuie să le stabilim punctele comune şi raporturile, rezultă de aici că nu este deloc necesar ca această comparare să fie limitată numai la două ordini juridice. Dat fiind că examenul se face fără intenţia de a estima, în

---

[18] A se vedea *Rothacker*, **Logik und Systematik der Geisteswissenschaften** (Bonn 1948) 92 şi urm.

[19] A se vedea **infra**, Nr. 7, 89, 93.

[20] A se vedea **infra**, Nr. 8, 105

absolut, valoarea obiectelor comparate, căci compararea nu este făcută prin raportare la o constantă, rezultă că trebuie să excludem ideea unui *tertium comparationis* care, după anumiţi autori, ar trebui să fie cuprins în orice comparare, ca şi constantă. Compararea juridică se realizează numai între termenii de comparat[21].

Ar fi greşit să credem că metoda comparativă în domeniul dreptului se reduce la enumerarea principalelor elemente ale comparării. Tehnică generală, metoda comparativă constituie totuşi un proces relativ complex. Numeroase ştiinţe şi discipline au aplicat-o, mai ales începând din secolul 19[22]. Ele au adaptat această tehnică generală la necesităţile lor speciale şi au obţinut adesea, datorită ei, succese fără precedent.

În domeniul juridic rezultatele sunt mai puţin spectaculoase sau, în orice caz, mai ambigue. Doctrina dominantă este de părere că dreptul comparat se confundă cu metoda comparativă. Totuşi, cantitatea susţinătorilor acestei doctrine nu a îmbunătăţit calitatea rezultatului. Într-adevăr, dacă trecem în revistă pluralitatea contradictorie a definiţiilor[23] date dreptului comparat, trebuie să constatăm că, cu puţine excepţii, nu există o definiţie specifică a metodei comparative. Anumiţi autori care au redus dreptul comparat la metoda comparativă i-au dat o definiţie destul de valabilă ca, de exemplu, *Kaden*[24]. Pe de altă parte, anumite elemente principale ale metodei comparative au fost deja desprinse. Aceasta nu ne scuteşte însă de a încerca să propunem o definiţie care să se deosebească de altele, cel puţin în măsura în care ea refuză cu bună ştiinţă să confunde dreptul comparat cu metoda comparativă şi în măsura în care ea vizează să precizeze elementele şi obiectivele specifice metodei comparative.

Dacă actul comparării este apropierea obiectivă a termenilor de comparat în scopul de a stabili raporturile lor unii în raport cu alţii, rezultă de aici că alegerea şi compararea termenilor de comparat trebuie să se facă după un demers ordonat. Acesta este chiar rolul metodei, de a ordona procesul comparării. Într-adevăr, aşa cum o indică numele său, metoda[25] reprezintă mersul raţional pe care trebuie să-l realizeze spiritul pentru a ajunge la un scop determinat.

---

[21] A se vedea **infra**, Nr. 9, 25.

[22] Un rezumat bun la *Rothacker*, loc. cit.

[23] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 67, 68, 71 şi urm.

[24] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 73.

[25] *meta* şi *odos* înseamnă în traducere literală "mers de-a curmezişul".

După mine, metoda comparativă constă în ansamblul demersurilor şi al procedeelor, care se înlănţuie potrivit unei succesiuni raţionale, menite să facă spiritul juridic să constate şi să înţeleagă, printr-un proces ordonat, metodic şi progresiv, de confruntare şi de comparare, asemănările, diferenţele şi cauzele acestora, adică în cele din urmă să desprindă raporturile existente între structurile şi funcţiile termenilor de comparat ce aparţin unor ordini juridice diferite.

6. Elementele metodei comparative

Această definiţie pune în evidenţă importanţa esenţială a patru elemente.

Primul este că metoda comparativă conţine o întreagă serie de procedee ce se înlănţuie într-un demers sistematic şi raţional. Aceasta exclude orice comparare făcută în grabă, la întâmplare, în mod dezordonat sau redusă la o simplă informare. Chiar dacă asemenea demersuri ajung ici şi colo la informaţii de natură comparativă, ele nu pot fi asimilate unei comparări sistematice, singura susceptibilă de a fi numită metoda comparativă.

Trebuie pe urmă subliniat că tot acest demers, ordonat şi sistematic, este pus în serviciul unui scop precis: compararea menită să înţeleagă raporturile existente între termenii de comparat şi cauzele lor. Prin aceasta, obiectivul metodei comparative este întotdeauna acelaşi: precizarea raporturilor de asemănare şi de deosebire care există între termenii de comparat. Utilizarea ulterioară a acestor rezultate constituie o cu totul altă problemă[26]. Ele pot servi la o mai bună interpretare a unei reguli sau a unei instituţii juridice primite de la o altă ordine de drept, la a încerca o unificare juridică, sau pur şi simplu la a verifica dacă instituţia primită într-o ordine juridică este cea care provine din cealaltă. Obiectivele fixate pentru folosirea rezultatelor obţinute prin metoda comparativă pot fi, deci, foarte diferite: astfel se pune problema scopurilor şi funcţiilor metodei comparative[27].

Dar scopurile în vederea cărora se aplică metoda comparativă nu se confundă cu metoda comparativă propriu-zisă; ele se deosebesc de metoda comparativă care este instrumentul corespunzător pentru a le atinge.

---

[26] De aceea este inexact să credem că metoda comparativă depinde de scopurile urmărite, şi că ar exista, în consecinţă, tot atâtea metode câte obiective poate ea atinge. A se vedea **infra**, Nr. 12, 13, 14.

[27] Aceste probleme formează obiectul cărţii a treia din acest volum, Nr. 111-128.

A treia observaţie se naşte din faptul că acest demers pune faţă în faţă două sau mai multe particule juridice elementare: termenii de comparat[28], pentru a-i confrunta şi a-i compara.

A patra observaţie constă în faptul că aceşti termeni de comparat trebuie în mod necesar să aparţină cel puţin la două ordini juridice diferite, astfel încât prin ei să fie parţial confruntate ordinile juridice însele[29].

7. Informare comparativă şi comparare sistematică

Metoda comparativă, ca demers raţional şi sistematic destinat să precizeze relaţiile existente între termenii de comparat, nu se confundă cu o simplă expunere informativă. Deseori în studiile de drept naţional, autorii dau exemple, informaţii comparative sau se referă la o ordine juridică străină. Aceste referinţe sau informaţii comparative ocazionale au devenit mai frecvente şi aceasta nu numai în monografii, ci şi în manualele consacrate dreptului naţional. Totuşi, autorii confundă adesea *informarea comparativă* şi *compararea sistematică* şi cred că rezultatele celor două operaţii sunt identice şi pot fi reunite sub titlul global de drept comparat. În realitate, trebuie să separăm aici două operaţii care se opun riguros din punct de vedere metodologic; nu trebuie să ne imaginăm mai ales că rezultatele lor sunt asemănătoare. Informarea comparativă reprezintă un mijloc ocazional şi subsidiar folosit în predarea dreptului naţional; ea nu trece deloc prin filiera procedeelor care caracterizează metoda comparativă în aplicarea sa sistematică. Ea se bazează pe un element fragmentar sau pe o apreciere globală de natură comparativă. Desigur, acest gen de informaţie, dată în cadrul unui studiu de drept naţional în raport cu o instituţie de drept străin, conţine fragmente de adevăr. Ea constituie o scurtă indicaţie, un exemplu sau o apreciere globală. Informaţiile comparative au atunci în plus o valoare mai mult ilustrativă[30] decât explicativă. Acesta este procedeul folosit, de exemplu, atunci când se afirmă că dreptul japonez a cunoscut, pe lângă influenţa dreptului german şi a dreptului francez, şi influenţa dreptului anglo-saxon şi atunci când este ilustrată această afirmaţie prin exemplul instituţiei juridice numite *Estoppel*. La fel când se face afirmaţia potrivit căreia

---

[28] Pentru analiza lor, a se vedea **infra**, Nr. 16 şi urm.

[29] Pentru această problemă a se vedea **infra**, Nr. 31 şi urm.

[30] În acest sens *Bevilaqua* (**Resumo das licçoes de legislação comparada sobre o Direito privado**, Bahia, ed. a 2-a, 1897, 11) scria deja: "a comparaçao nao passa de un accidente. E'accessorio, é illustração de assumpto especial".

"Codul elveţian a fost considerat ca cel mai potrivit să asigure nevoile naţiunii turce pentru că se mulţumeşte să stabilească principiile generale şi lasă judecătorului grija de a aprecia detaliile", invocându-se apoi doar primul articol al Codului civil elveţian[31].

Aceste informări nu au pretenţia nici să examineze, nici să explice, nici să compare ordinile juridice străine. Ele sunt ocazionale şi vizează să completeze expunerea dreptului naţional printr-o incizie comparativă, nepersistentă şi pe scurt. După unii autori[32], ele au o valoare care nu este de subestimat deoarece, fără efort special, ele critică, apreciază sau informează, pe scurt, asupra unei întregi probleme, aşa cum câteva rânduri de ziar pot informa despre un eveniment istoric. Totuşi, pentru a avea cel puţin această valoare, ele trebuie să fie exacte, ceea ce nu este întotdeauna cazul, mai ales atunci când urmăresc sistematic un scop parţial. Chiar prin aceasta, ele riscă să dea o imagine inexactă a normei juridice sau a instituţiei despre care tratează. Pe de altă parte, rareori putem informa exact despre o teorie prin intermediul unei singure hotărâri din jurisprudenţă sau despre starea unei instituţii juridice cu ajutorul unui articol de cod. Or, aceasta este ceea ce fac numeroşi autori.

De aceea comparatiştii consideră acest gen de informări comparative, în raport cu metoda comparativă, ca un fel "*gest reverenţial*"[33], uşor de realizat dar hazardat în rezultatele sale. Pe bună dreptate, veritabilii comparatişti atrag atenţia asupra pericolului unor asemenea comparări făcute cu uşurinţă, într-un mod pur şi simplu "*ornamental*" şi reduse la "*perspective*" şi la "*trimiteri*"[34] îndoielnice, privind diferite ordini juridice străine, dar făcute fără un examen profund, nici o cunoaştere reală a acestora[35]. Astfel de informări comparative riscă într-adevăr să dea o imagine greşită cu privire la dreptul străin.

---

[31] *Ebuluba* şi *A. Samin*, **Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény** (Paris 1939) I, 132.

[32] *Aubin-Zweigert*, **Rechtsvergleichung und Hochschulunterricht** (Tübingen 1952) 54. *Pound* înclina de asemenea spre această funcţie a dreptului comparat. În acest sens, *Arthur Taylor von Mehren*, **Roscoe Pound and Comparative Law**, HarvLR, 78 (1964) II, 1950.

[33] *Wolfram Müller-Freienfels*, **Observaciones al derecho comparado, con especial consideracion al derecho de familia. Homenage a Roberto Goldschmidt** (Caracas 1967) 164.

[34] *Murad Ferid*, **Das französische Zivilrecht** (Frankfurt 1971) I, 3.

[35] *Von Caemmerer* (**Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung**, NJW 1956, 570) scrie: "observaţiile ocazionale atât de apreciate, cu ceea ce numim «referinţe de drept comparat», aduc adesea prejudicii adevăratei comparări". (Traducerea autorului).

Cazul studiilor de drept naţional cu puternică bază comparativă este diferit. În această ipoteză, informaţiile comparative sunt mai bogate şi mai substanţiale. Ele luminează dreptul naţional şi aruncă, în acelaşi timp, o lumină explicativă şi comparativă asupra dreptului străin. Foarte adesea, aceste studii insistă pe principalele asemănări sau deosebiri, dar se opresc aici. De asemenea, ele folosesc limitat metoda comparativă. Deseori analiza comparativă nu este metodică în sensul că nu parcurge toate fazele prescrise de metoda comparativă; ea nu este exhaustivă pentru că nu desprinde toate asemănările şi diferenţele care caracterizează instituţiile juridice comparate. Foarte adesea ea nu încearcă nici să explice cauzele acestor diferenţe şi asemănări. Dar aceasta este o chestiune de intensitate în procesul comparativ şi această intensitate poate varia. Acest gen de studii, chiar incomplete din punct de vedere sistematic, au o valoare comparativă sigură şi se disting, chiar prin aceasta, de simplele informări comparative. Ele constituie mijloace subsidiare importante pentru explicarea, critica sau aprecierea dreptului naţional. Trebuie deci să ne bucurăm atunci când importante comparări sunt făcute cu ocazia expunerii dreptului naţional[36]. Aceasta cu atât mai mult cu cât asemenea expuneri constituie excepţia. Chiar dacă activitatea de comparare este limitată la anumite instituţii[37] şi ordini juridice, aceste expuneri au meritul de a da informaţiile valabile privind dreptul străin: ele contribuie astfel la o mai bună înţelegere a soluţiilor naţionale. Dar pentru aceasta trebuie să avem deja cunoştinţe adevărate de drept străin şi să rezolvăm numeroa-

---

[36] Modul de a folosi dreptul comparat în învăţământ variază după posibilităţile oferite de cursuri şi de profesori. Introducerea de comparări valabile în cursurile regulate privind diferitele ramuri ale dreptului naţional este foarte utilă şi de dorit. A se vedea *Denis Tallon*, **Comparative Law: Expanding Horizons**, JSPTL (1969) 265; *Neville Brown*, **L'évolution du droit comparé en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel. Livre du Centenaire**, II, 372. A se vedea de asemenea, de exemplu, *Dölle*, **Familienrecht** (Karlsruhe 1964, 1965), 2 volume care completează expunerea instituţiilor juridice ale dreptului naţional prin compararea fiecărei instituţii juridice.

[37] A se vedea, de exemplu, *R. Bruns*, **Zivilprozessrecht (Eine sytematische Darstellung)** (Berlin şi Frankfurt 1968). Autorul explică instituţiile *Parteibegriff* şi *Rechtsschutzanspruch* din dreptul german cu ajutorul condiţiilor obiective şi subiective ale instituţiei *partie accesoire au procès* din dreptul francez (68 şi urm.); instituţia *Nebenintervention* din dreptul german cu ajutorul instituţiei *partie accesoire au procès* din dreptul francez (91 şi urm.); instituţia *Klagebefugnis* cu instituţiile *droit d'action* şi *diritto d'azione* (201 şi urm.); instituţia *Rechtskraftlehre* cu ajutorul instituţiei *estoppel by record* (415 şi urm.). La aceasta se adaugă compararea rolului experţilor în cadrul probaţiunii în diverse ordini juridice (332 şi urm.) precum şi numeroasele comparări cu dreptul procesual suedez.

sele probleme pe care le pune compararea. Astfel de comparări îmbogăţesc cu certitudine studiul dreptului naţional. Dar ele nu se confundă cu studiile şi cursurile comparative autonome, care au propria lor valoare[38].

În sfârşit, la nivelul al treilea găsim studiile comparative sistematice. Ele folosesc total metoda comparativă, în sensul definiţiei date. În principiu, ele parcurg toate fazele procesului metodologic. Prezentul studiu se va limita la analiza comparării sistematice.

8. Compararea sistematică deformantă

Juriştii sovietici şi, în urma lor, juriştii din ţările din Est, au fost multă vreme defavorabili comparării. În mod unanim, ei au început prin a reproşa comparării practicate de comparatiştii ţărilor *capitaliste* de a fi doar formală, de a nu ajunge decât la cunoştinţe ce nu depăşesc problemele de tehnică juridică şi de a nu dezvălui nici fundamentele economice, nici realitatea socială a instituţiei comparate[39]. Pentru juriştii din ordinile de drept *socialiste*[40], compararea, ca şi ştiinţa juridică *burgheză*, face abstracţie de realitatea economică şi socială şi se ocupă de forme şi noţiuni juridice, examinate în evoluţia lor istorică şi semnificaţia lor dogmatică[41]. Dreptul *socialist* şi cel *capitalist* ar fi prea contradictorii pentru a putea fi comparate[42]. Pentru ei, înaintea aparitiei

---

[38] *Aubin-Zweigert*, 23.

[39] *Martin Posch* şi *Valentin Petev*, **Vergleichung in der Rechtslehre, Staat und Recht**, 1966, 88, 91 şi urm.

[40] Problema denumirii este în acelaşi timp importantă şi neglijată. (a se vedea *Imre Szabó*, **Science du droit et coexistence pacifique**, Boletin mexicano de derecho comparado, N.S. 1968, 428). Juriştii ţărilor *socialiste* grupează ordinile juridice din Sistemele anglo-american şi european sub vocabula drept*burghez* sau *capitalist*. Pentru dreptul lor, ei rezervă denumirea de *socialist*. Aceasta este echivocă, cel puţin în măsura în care, în lumea occidentală, socialismul şi comunismul reprezintă două concepţii de viaţă şi de structură politică, socială şi economică foarte diferite. Suedia, ţară cu structură socialistă, diferă fundamental de U.R.S.S. sau de ţările din Est. Pe de altă parte, aceste ţări nu au ascuns niciodată aspiraţiile şi structurile lor comuniste. Nu este mai conform propriilor lor structuri şi aspiraţii şi, în acelaşi timp, mai exact şi mai puţin echivoc, de a considera că dreptul lor face parte din sistemul comunist ? Nu este aici o chestiune de denigrare ideologică, ci de precizie terminologică.

[41] *Posch* şi *Petev*, 88.

[42] *Posch* şi *Petev*, 87 cu referinţe complementare. A se vedea de asemenea *I. Szabó* (**La science comparative du droit**, Annales Universitatis scientiarum Budapestiensis, sectio juridica, V, 1964, 91-134), care admite că este posibilă compararea dacă ştim să distingem între cele două *tipuri* de drept.

dreptului sovietic, acest gen de comparare era încă posibil pentru că structura economică şi socială a ţărilor occidentale, ai căror juriştii practicau compararea, era mai mult sau mai puţin aceeaşi.

Dar tocmai compararea a contribuit la a-i face pe juriştii să înţeleagă că în spatele normei juridice se află o realitate socială şi economică. Totuşi, critica juriştilor din ordinile de drept *socialiste* era justificată[43] în măsura în care juriştii occidentali, cunoscând puţin sau deloc structurile fundamentale ale acestor ordini de drept, nu reuşeau să sesizeze substanţa nouă a instituţiilor juridice având forme exterioare comune. Este evident - şi aici juriştii acestui Sistem (socialist) au dreptate - că doar identitatea formelor juridice nu are semnificaţie comparativă[44]. Trebuie totuşi adăugat că juriştii occidentali procedau atunci la o aplicare incompletă şi nepotrivită a metodei comparative care îi conducea în mod necesar la rezultate false.

Cu toate acestea, juriştii ordinilor de drept *socialiste* au înţeles progresiv importanţa rezultatelor obţinute prin compararea[45] ordinilor juridice aparţinând Sistemului lor[46]. Acest gen de comparare este mai uşor de realizat deoarece elementele determinante sunt comune şi diferenţele sunt mai ales de natură tehnică. Spre 1960, s-a remarcat o intensificare a interesului pentru comparare în U.R.S.S.[47].

Pe de altă parte, coexistenţa paşnică a obligat nu numai oamenii politici ci şi juriştii să admită că această coexistenţă ar trebui să înglobeze şi Sistemele juridice având o bază economică şi socială diferită. Aceasta a multiplicat contactele[48], întâlnirile, mesele rotunde şi colocviile[49] între juriştii Sistemelor european, anglo-american, şi

---

[43] A se vedea **infra**, Nr. 39.

[44] *Zivs* în darea de seamă a lui *Lyon-Caen*, **Table ronde sur les études et les recherches de droit comparé en U.R.S.S.**, RIDC 1964, 73; *Szabó*, **Science du droit et coexistence**, 426 şi urm. şi autorii citaţi **infra**, Nr. 39.

[45] *Zivs* citat de *Lyon-Caen*, 70 şi urm.; *Posch* şi *Petev*, 95 şi urm.

[46] *Viktor Knapp* (75) afirmă că descoperirea interesului pentru dreptul comparat în ţările *socialiste* datează de la discuţia care a avut loc în 1962 în revista *Pravnik*, în urma unui articol de *Bystricky*.

[47] *Posch* şi *Petev*, 86. În acea perioadă, juriştii marxişti din Occident încurajau juriştii sovietici să treacă la compararea din care aveau de câştigat totul. În acest sens *Monique* şi *Roland Weyl*, **Y a-t-il une conception marxiste du droit comparé ?** La nouvelle critique, 1961, 146.

[48] Pentru o expunere mai detaliată a comparării în interiorul Sistemului comunist şi în raport cu dreptul occidental, a se vedea *János Tóth*, **Rechtsvergleichung in Osteuropa**, Journal der Internationalen Juristen-Kommission, VI (1965) 276 şi urm.

[49] Primul de acest gen este Colocviul organizat la Varşovia de către Asociaţia Internaţională de Ştiinţe juridice pe tema "Conceptul legalităţii în ţările socialiste". Au urmat apoi numeroase alte întâlniri, articole şi publicaţii privind tema coexistenţei în domeniul juridic.

socialist. Juriştii Sistemului *socialist* n-au precupeţit nici un efort pentru a sublinia calitatea profund nouă a dreptului lor şi pentru a arăta întinderea foarte limitată a comparării instituţionale. În aceste întâlniri, juriştii occidentali s-au prezentat aproape întotdeauna în poziţie de inferioritate. Ei nu cunoşteau limbile şi nici ordinile acestea de drept în elementele lor determinante, pe câtă vreme colegii lor cunoşteau limbile şi elementele determinante ale ordinilor juridice *capitaliste*. În sfârşit, anumiţi jurişti occidentali erau şi sunt mai ales presaţi de a constata convergenţe în evoluţia celor două Sisteme: "Dreptul occidental odinioară liberal se socializează, dreptul socialist se liberalizează"[50]. Pentru aceşti jurişti occidentali, coexistenţa constituie punctul de plecare al unei sinteze viitoare între cele două Sisteme[51], mergând poate chiar spre o unificare. A susţine ideea convergenţei[52] înseamnă a nu cunoaşte nimic sau a nu vrea să înţelegi nimic din Sistemul *socialist*. Sarcina ingrată de a preveni juriştii occidentali împotriva iluziilor lor robuste revenea juriştilor Sistemului *socialist*[53]. Aceştia au făcut-o cu toată sinceritatea, arătând că era vorba de o simplă modificare a mijloacelor într-o luptă care continuă: "Coexistenţa nu este sinteza, *coexistenţa implică dimpotrivă o accentuare a luptei ideilor dominante în interiorul celor două sisteme*"[54].

Ca orice metodă ştiinţifică şi poate mai mult ca oricare alta, folosirea metodei comparative, ca şi orice referinţă comparativă, cere o imparţialitate perfectă. Doar cu acest preţ rezultatele sale pot avea o valoare ştiinţifică. Deja *Pollock*[55] scria: "Ştiinţa comparată a instituţiilor legale sau alta cere, dacă nu imparţialitate absolută, cel puţin o anume detaşare a spiritului. Dacă ştiinţa noastră are dreptul de a considera că pentru ea nimic nu este sacru, este cu condiţia de a recunoaşte în acelaşi timp că nimic nu e de dispreţuit". Aceasta nu i-a împiedicat totuşi pe anumiţi jurişti din ordinile de drept *socialiste* să practice în

---

[50] Rezumatul intervenţiei lui *A. Tunc* de către *Lyon-Caen*, 74. A se vedea critica vie a acestei concepţii de către *Posch* şi *Petev*, 91 şi urm.

[51] Această concepţie a fost viu criticată şi unanim respinsă de comparatiştii ţărilor *socialiste*. A se vedea cu titlu de exemplu: *Posch* şi *Petev*, 91 şi urm.; *Szabó*, **Science du droit et coexistence**, 422, şi urm.; etc.

[52] *Szabó* (loc. cit., 423) scrie: "Chiar presupunând maximum de bună voinţă subiectivă în persoana reprezentanţilor ideilor în cauză, care susţin că evoluţia socială conduce către o convergenţă a sistemelor opuse şi a sistemelor juridice, suntem convinşi că în esenţa sa această convergenţă nu este decât o iluzie. Toate acestea indică că această coexistenţă paşnică are limitele sale şi condiţiile sale obiective".

[53] *Zivs* citat de *Lyon-Caen*, 74 şi urm.; *Posch* şi *Petev*, 91 şi urm.; etc.

[54] *Zivs* citat de *Lyon-Caen*, 74. Sublinierea noastră.

[55] *Pollock*, **Le droit comparé: Prolégomènes de son histoire (Procès-verbaux)** I, 257.

mod curent referinţe comparative deformante. Invitaţi oficial să o facă[56], ei s-au folosit de toate aceste ocazii pentru a sublinia diferenţele ideologice şi superioritatea dreptului lor în raport cu dreptul *capitalist*.

Loeber[57] scria că există în U.R.S.S. foarte puţine publicaţii juridice care nu conţin referinţe la *ordinile de drept burgheze*, expresie a reacţiunii şi exploatării[58]. Unii[59] precizează: "Bürgerliche Forderungen nach einer sachlichen *ideologiefrein* gemeinsamen Rechtsvergleichung zwischen beiden Systemen im Interesse einer Zusammenarbeit sind unerfüllbar". În aceste condiţii, problema care se pune este de a şti dacă obiectivitatea poate exista atunci când spiritul partizan este un comandament ideologic al sistemului. Pentru *Lenin*, nu există ştiinţă care să poată rămâne în afara luptei de clasă[60]. În această concepţie, în mod necesar, totul devine instrumentul luptei politice şi ideologice. Imparţialitatea la care aspiră *ştiinţa burgheză* nu există. "Pretinsa obiectivitate burgheză ca ideologie a imparţialităţii este pur şi simplu o mască în spatele căreia îşi ascunde faţa parţialitatea burgheză"[61]. Alţi autori sunt şi mai precişi în ceea ce priveşte semnificaţia teoriei marxist-leniniste. "Teoria marxist-leninistă ... demască adevăratul nucleu al dreptului burghez. Ea dirijează focul criticii sale împotriva teoriilor antiştiinţifice, reacţionare ale dreptului care ascund ... esenţa antinaţională a dreptului burghez"[62]. Pentru această doctrină sovietică, juristul occidental joacă "rolul unui lacheu care îndeplineşte mandatul social al

---

[56] Hrusciov la al XXI-lea Congres al partidului comunist. Acest cuvânt de ordine a devenit un punct al programului Partidului. În continuare *Ilicev* şi *Romaskin*, citat de *Loeber*, **Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung**, RabelsZ 27 (1962/63) 201 şi urm.; *acelaşi*, **Der hoheitlich gestaltete Vertrag (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Planvertrag im Sowjetrecht und den "diktierten Vertrag" im Recht der Bundesrepublik Deutschland)** (Berlin-Tübingen 1969) 4 şi urm.; a se vedea de asemenea *Schroeder*, **Die sowjetische Westrechtforschung**, OstEuRe 15 (1969) 357 şi urm. şi *Tóth*, 253, nota 13.

[57] *Loeber*, (215) cu numeroase referinţe.

[58] A se vedea exemplele date de *Loeber* (215, nota 34). *Loeber* are dreptate să afirme că în literatura ţărilor occidentale găsim afirmaţii asemănătoare privind dreptul sovietic. Totuşi, nu putem spune că este vorba aici de o atitudine sistematică, ce urmează un consemn. De altfel, cazurile sunt infinit mai puţin frecvente şi larg compensate de studiile obiective asupra dreptului sovietic (ca cele ale lui *Loeber*, *Hazard*, sau *David*). Astfel de studii obiective în raport cu dreptul *burghez* nu există în literatura sovietică.

[59] *Posch* şi *Petev*, 92.

[60] *Loeber*, **Der Vertrag**, (6) cu numeroase referinţe.

[61] *Arzanov*, citat de *Loeber*, **Der Vertrag**, 4. Pentru critica *obiectivităţii burgheze* a se vedea şi *I. Szabó*, **La science comparative du droit**, 116.

[62] *Kareva*, citat de *Loeber*, **Der Vertrag**, 4.

patronilor săi, capitaliştii monopolişti"[63]. Postulatul de a deveni parţial şi de a critica dreptul burghez este recomandat în mod expres juriştilor sovietici, tot timpul[64]. În acea vreme, puţini jurişti sovietici admiteau dreptul la existenţă al dreptului comparat, şi numai pe baza concepţiei marxist-leniniste, adică în calitate de instrument al luptei ideologice. Aceste citări ar putea fi multiplicate; ele nu schimbă cu nimic poziţia iniţială a doctrinei sovietice, net favorabilă dreptului ţărilor *capitaliste*.

Motivele pentru care doctrina sovietică[65] refuza atunci compararea cu ordinile juridice *capitaliste* sunt în acelaşi timp simple şi, din punctul său de vedere, logice. Pe de altă parte, asemănarea formelor şi a instituţiilor juridice este incapabilă să scoată la iveală noua substanţă cu care sunt umplute aceste instituţii juridice. Acest argument se bazează pe teoria marxistă privind raporturile dreptului cu economia, adică ale dreptului ca suprastructură a unei infrastructuri economice. Aceste motive sunt exacte; ele devin totuşi inexacte atunci când se vrea să se facă din infrastructura economică fundamentul *exclusiv* al dreptului[66].

Anumiţi autori sunt de părere că această manieră de a proceda constituie ceva specific pentru compararea între statele *socialiste* şi cele *capitaliste*, că ea va exista atâta timp cât vor dura antagonismele între cele două blocuri şi propun chiar să se intituleze această comparare, concepută ca un mijloc de luptă politică, *comparare ideologică*[67]. Totuşi, a face o comparare cu scopul de a-i imputa unei ordini de drept, în mod sistematic şi fără excepţie, toate defectele şi cu scopul de a o împodobi pe cealaltă cu toate virtuţile lumii înseamnă a face defăimare sistematică sau propagandă cu orice preţ, dar nu studii de comparare juridică ce merită calificativul de *ştiinţifice*. În aceste condiţii, nu este surprinzător că autori occidentali avertizaţi[68] s-au întrebat dacă într-un astfel de caz mai putem vorbi de comparare şi dacă nu ar fi mai exact să considerăm acest gen ca "o caricatură de comparare".

---

[63] Astfel a fost prezentată de *Genkin* şi *Novickij* traducerea Tratatului lui *Enneccerus* (citat de *Loeber*, **Der Vertrag**, 18).

[64] *Loeber*, **Der Vertrag**, (7) cu indicaţii bibliografice (nota 26).

[65] Pentru indicaţiile bibliografice, a se vedea *Otto Wilhelm Jakobs*, **Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten verschiedenen Gesellschaftsordnungen**, OstEuRe, 1963, 109.

[66] Pentru critică a se vedea *Jakobs*, 110 şi **infra**, Nr. 39, 104.

[67] *Loeber*, 216.

[68] *Braga*, **Compte-rendu du Traité des successions par Antimov et Grave**, RabelsZ 25 (1960) 177-180. Specialiştii (*Schroeder*, 356) constată că în ciuda progreselor înregistrate în ultima vreme în U.R.S.S. în studiul ordinilor juridice *capitaliste*, nivelul său rămâne foarte jos (360). Caracterul polemic, menit a denigra şi a denunţa sistematic ordinile juridice *capitaliste*, constatat de către acest autor, nu permite calificarea acestor referinţe comparative altfel decât caricaturale şi asta în pofida anumitor schimbări pe care autorul le semnalează.

În timp ce în cadrul politicii de coexistenţă[69] întâlnirile se multiplicau, timpul îşi desăvârşea opera. Întâlnirile au avut rezultate bune. În măsura în care jurişti de diverse atitudini au putut să se întâlnească, să discute şi să reflecteze împreună asupra problemelor comune, ele au contribuit la a face acceptată ideea că există o metodă comparativă şi chiar o *ştiinţă marxistă a dreptului comparat*[70], ceea ce este mai discutabil. Dacă juriştii sovietici erau încă rezervaţi[71], juriştii ţărilor din Est, care au o altă tradiţie, experienţă şi cunoaştere a dreptului occidental şi a comparării[72], au sfârşit prin a recunoaşte importanţa comparării. Activitatea ştiinţifică şi contribuţiile la diferitele întâlniri şi congrese ale juriştilor din ţările din Est[73] demonstrează calitatea şi posibilitatea dialogului. Datorită drumului pe care s-au angajat, putem spera în ameliorări viitoare.

Dar trebuie să o spunem clar: pentru ca dialogul să merite osteneala de a fi continuat iar compararea între Sistemele juridice diferite să aibă o valoare trebuie mai întâi îndeplinită o condiţie prealabilă, aceea a imparţialităţii. Orice comparare care nu are curajul independenţei în raport cu propria sa ordine juridică şi cu propriul său sistem politic încetează de a mai fi ştiinţifică. Dreptul este prea aproape de politică pentru a nu risca să devină "*servitorul*" ei. Pentru a evita aceasta toţi juriştii, şi mai ales cei care practică actul comparării, trebuie să ştie să se distanţeze de propria lor ordine juridică şi să aibă curajul de a o încadra într-o perspectivă critică. Aceasta este condiţia primă a oricărei comparări care merită calificativul de *ştiinţifică*.

Maniera de a compara, curentă încă în anii 60, trebuie să fie condamnată peste tot unde este folosită: atât în domeniul ştiinţei zise *capitalistă*, cât şi în domeniul ştiinţei zise *socialistă*. Acest gen de comparare nu are nimic de a face cu metoda comparativă. În acest caz metoda comparativă nu este decât o simplă doctrină militantă, un strigăt de război ascuns sub formule ştiinţifice, un instrument în mâinile direcţiei de agitaţie şi de propagandă. O ştiinţă care foloseşte asemenea procedee se dezonorează; ea se degradează până la a înceta să mai fie

---

[69] Pentru detalii a se vedea *Tóth*, 281 şi urm.

[70] *Knapp*, 78. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 39.

[71] Atitudinea lor pare să devină mai interesată şi mai deschisă. A se vedea *O.M. Tchkhirvadze* şi *S.L. Zivs* (**L'évolution de la science juridique et du droit comparé en U.R.S.S., Livre du Centenaire**, II, 594 şi urm.) care din nefericire dă despre dreptul comparat informaţii prea succinte şi generale.

[72] Pentru tradiţia comparativă a Ungariei, României sau a Poloniei a se vedea rapoartele lui *I. Szabó*, *Ionasco* şi *Czachorski*, **Le Livre du Centenaire**, II, 377 şi urm.; 495 şi urm.; 479 şi urm.

[73] A se vedea **infra**, Nr. 39.

o ştiinţă, căci nu există ştiinţă fără obiectivitate, nici obiectivitate fără independenţă. Aceste necesităţi sunt mai mari aici decât în altă parte, deoarece pericolul de a ne înşela, cu toată buna credinţă, în ciuda tuturor precauţiilor metodologice, este mai mare în domeniul comparării. Dar a folosi această metodă numai pentru a demonstra, totdeauna şi fără excepţie, superioritatea Sistemului propriu[74] asupra tuturor celorlalte înseamnă a fi lipsit de independenţă critică şi de bună credinţă, ca om de ştiinţă, şi a falsifica metoda comparativă, ca instrument de cunoaştere. A constata că acest gen de comparare există înseamnă a recunoaşte existenţa unui rău pe care trebuie să încercăm să-l remediem. Dar a admite că această formă de comparare, denaturată în substanţa sa şi falsificată în ceea ce priveşte funcţia sa, îşi poate găsi locul printre formele *ştiinţifice* ale metodei comparative echivalează cu a admite că cecul fără acoperire constituie un mijloc legal de plată.

Cred că nu putem conchide mai bine asupra acestui punct decât reluând sfatul prin care unul din foştii mei maeştri, *Henry Lévy-Ullmann*, termina prefaţa cărţii sale clasice despre Sistemul juridic al Angliei: "Sistematic nu înseamnă: *parti pris*. Comparativ nu este sinonim cu parţial. Avem tot atâta oroare de observaţiile tendenţioase ca şi de experienţele false. Pentru salvarea umanităţii, este important ca oricine, chemat astăzi să formuleze o judecată despre legile, obiceiurile, instituţiile, moravurile, faptele sau gândurile unei alte naţiuni, să se pătrundă cu reculegere de admirabilul sfat înţelept pe care marele Spaniol îl punea în gura lui Don Quijote atunci când acesta i se adresa lui Sancho Panza cu privire la guvernarea insulei sale: «No te ciegue la passión propria en la causa ajena; que los yerros que en ella hicieres las más veces seran sin remedio; y si le tuvieren, sera a costa de tu crédito y aun de tu hacienda»"[75]. Rândurile acestea, scrise în iulie 1927, îşi păstrează şi îşi vor păstra, pentru toţi cei ce refuză să confunde ştiinţa şi obiectivitatea cu propaganda şi parţialitatea, o valoare ce sfidează opoziţiile dialectice şi chiar coexistenţele paşnice.

---

[74] *P.S. Romaschkin* (citat de *Tóth*, 253, nota 13), Director al Institutului pentru Ştiinţe juridice al Academiei de Ştiinţe a U.R.S.S., preciza în 1959 că era "datoria" juriştilor sovietici de a "demonstra superioritatea dreptului sovietic ca tip juridic, cel mai ridicat din punct de vedere istoric". A se vedea **supra**, nota 56.

[75] Traducerea autorului: "Fie ca patima să nu te orbească în privinţa altora; fiindcă rănile pe care le vei face cel mai adesea vor fi fără leac, şi dacă ar fi un leac, aceasta va fi în detrimentul creditului tău şi chiar al binelui tău".

9. TERTIUM COMPARATIONIS[76] ŞI NUMĂRUL ORDINILOR JURIDICE DE COMPARAT

Acel *tertium comparationis* ca problemă metodologică rezultă din întrebarea pusă de filozofii dreptului şi, mai cu seamă, de *Radbruch*[77] care afirma că nu se pot compara *direct* mai mult de doi termeni de comparat[78]; că atunci când confruntăm mai mult de două ordini juridice nu putem proceda decât indirect, adică în raport cu o a treia, care trebuie să fie mereu aceeaşi[79]. Acest al treilea sistem nu poate fi un sistem naţional, în mod necesar condiţionat numai de interese naţionale. *Radbruch* preciza că pentru o comparare internaţională ar trebui căutate punctele comune de referinţă, deci un sistem juridic care se găseşte deasupra naţiunilor[80]. Astfel a fost pusă falsa problemă a lui *tertium comparationis*, reluată ici şi colo de comparatiştii germani[81].

---

[76] A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 25.

[77] *Radbruch*, **Uber die Methode der Rechtsvergleichung**, MKSR II (1905/1906) 423. Un rezumat al acestui scurt articol se găseşte în ZStrW 26 (1906) 259. Concepţia lui *Radbruch* este reprodusă aproape cuvânt cu cuvânt de *Binder*, 949.

[78] În acelaşi sens *Langrod*, **Réflexions**, 362.

[79] *Radbruch* (423) scrie: "Welches ist nun das Rechtssystem, mit welchem wir jedes einzelne nationale Rechtssystem zu vergleichen haben, um so indirekt die durchgängige Vergleichung jeder mit jedem von ihnen durchzuführen ?"

[80] *Radbruch* (loc. cit.) scrie: "Um eine Rechtsvergleichung von internationalem Interesse zu erzielen, muss man als gemeinsamen Beziehungspunkt ein Rechtssystem wählen, welches über den Nationen steht".

[81] De exemplu: *Rabel*, **Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung** (München 1925) 6; *acelaşi*, **Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm Instituts, gesammelte Aufsätze** (Tübingen 1967); *Zweigert-Kötz* (**Einführung in die Rechtsvergleichung**, I, 43) scriau: "Die Funktion ist Ausgangspunkt und Grundlage jeder Rechtsvergleichung. Sie ist das «tertium comparationis», um das frühere Rechtsvergleicher lange und vergebens diskutiert haben"; *Zweigert*, **Zur Methode der Rechtsvergleichung**, Studium Generale 13 (1960) 195 = **Méthodologie du droit comparé, Mélanges Maury** (Paris 1960) I, 585. Acesta din urmă (*Caemmerer-Zweigert*, **Evolution et état actuel de la méthode du droit comparé**, 272) pare să-şi fi rectificat poziţia. *Sandrock*, **Uber Sinn und Methode zivilrechtlicher Rechtsvergleichung** (Frankfurt-Berlin 1964) 46; *K. Neumayer* (**Betrachtungen zum rechtsvergleichenden Unterricht auf internationaler Grundlage**, RabelsZ 32, 1968, 422) scrie: "Das *tertium comparationis* setzt begrifflich neben dem *primum* auch ein *secundum* voraus", dar uită să spună în ce constă *tertium*. *Esser* (**Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, Tübingen, a 2-a ediţie, 1964, 356) (a se vedea darea mea de seamă în Annales Universitatis Saraviensis 1957, 48 şi urm.) vorbeşte de asemenea de *tertium comparationis* care ar consta nu în forma ci în scopul normei. *Drobnig* (**Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie**, RabelsZ 1953, 294 şi urm.) îl vede mai degrabă în semnificaţia şi în funcţia socială a instituţiei juridice. În acelaşi sens *Jakobs*, 115.

Această idee presupune existenţa unui drept[82] obiectiv şi superior, un fel de drept natural, de drept ideal sau pur şi simplu de *richtiges Recht*[83]. *Radbruch* se gândea la un drept care nu era nici condiţionat în mod strict naţional, nici complet superior în spaţiu şi timp. El îl desemna prin două expresii: *Rechtstypus şi Rechtsideal. Rechtstypus* era probabil pentru *Radbruch* ceea ce, sub influenţa lui *Stammler*, era *le type idéal tout relatif*, în aceeaşi epocă, pentru *Saleilles*[84]: o instituţie juridică desprinsă prin comparare, prezentând caractere comune în mai multe ordini juridice[85]. *Rechtsideal*[86] se confunda cu imaginea pe care un individ, într-un anume sistem juridic şi la un anume stadiu de evoluţie, şi-o făcea despre instituţia juridică în cauză[87]. Rolul unuia şi al celuilalt era de a furniza unităţi de măsură supra-naţionale (*Masstäbe*), graţie cărora pot fi judecate ordinile juridice naţionale sau care vor putea servi de model pentru legiuitor. *Radbruch* era conştient că *ceea ce trebuie să*

---

[82] Unii istorici ai dreptului, convinşi că dreptul roman reprezintă cel mai bun model juridic al dreptului văzut în toată evoluţia sa, cred "că el ar putea servi ca ghid de comparare" (de exemplu *Koschembar-Lyskowski*, **Le rôle du droit romain pour le droit comparé, Recueil Lambert**, I, 259). Deşi ideea nu a fost aprofundată putem deduce că în realitate aceşti jurişti propuneau să se facă din dreptul roman acel *tertium comparationis*. A se vedea de asemenea *Yntema*, **Roman Law as the Basis of Comparative Law. A Century of Progress (1835-1935)**, New York University School of Law (1937) I, 346 şi urm. În acelaşi sens *R. Pound* (**The Study of Roman Law**, Nebraska legal News, July 25, 1893 p. 1, vol.3) scria: "The roman Law... is the only system to which we can refer by way of comparison in the study of our own system".

[83] Pentru această problemă a se vedea de asemenea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 61. *Kaiser* (399) crede de asemenea că în anumite situaţii unul din scopurile comparării este să găsească *richtiges Recht*, ceea ce este complet fals.

[84] Pentru această problemă a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59 şi **infra**, Nr. 119.

[85] *Radbruch* (loc. cit.) scrie: "das System der durchschnittlichen Eigenschaften der Rechtssysteme eines bestimmten Kulturkreises und einer bestimmten Entwicklungsstufe".

[86] *Radbruch* (loc. cit.) scrie: "das System der vom Standpunkt eines bestimmten Individuums an das Recht eines bestimmten Kulturkreises und einer bestimmten Entwicklungsstufe zu stellenden Anforderungen". A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 118.

[87] *Rechtsideal* ca punct de referinţă în sensul unei *tertium comparationis* a fost examinat şi respins de *Salomon*, **Grundlegung zur Rechtsphilosophie** (Berlin 1919; a 2-a ed., Berlin 1925) 30.

fie (*Sein-Sollende*) nu poate fi dedus decât din ceea ce este (*Sein*)[88], adică de faptul că nu putem elabora prin comparare un model care să se impună legiuitorilor cu o necesitate ineluctabilă. Totuşi, dacă acest model desprins prin comparare nu permite să descoperim acel *richtiges Recht* în sensul filozofiei dreptului şi al neo-kantienilor, el ar permite indicarea de soluţii posibile din punctul de vedere al politicii legislative.

Premisele acestei concepţii, adică ideea că nu putem compara *în mod direct* mai mult de două ordini juridice, sunt complet false[89]. În realitate, putem compara, direct şi fără a recurge la unităţi de măsură obiective şi exterioare, atâtea ordini juridice câte vrem. Din acest punct de vedere nu există piedici de natură logică sau metodologică. Ideea unui *tertium comparationis*, unitate de măsură necesară pentru o comparare care înglobează mai mult de două ordini juridice, este de asemenea falsă. De fapt, compararea se face întotdeauna între ordini juridice concrete. De altfel, *Rechtstypus*, care nu este decât reeditarea tentativei lui *Saleilles*, constituie o noţiune destul de problematică[90]. Mai întâi, nu ştim care sunt ordinile de drept ce aparţin unui Sistem juridic atâta timp cât nu posedăm criterii valabile pentru a regrupa aceste ordini juridice. Pe urmă, pentru că este dificil să se reducă imaginea unei instituţii, comune mai multor ordini juridice, la un tip comun. Deşi se aseamănă, instituţiile juridice diferă în numeroase aspecte tehnice. Cei care au făcut adevărate studii comparative, şi nu doar rapide constatări ale unor asemănări susceptibile de a duce la tipuri comune, o ştiu. La fel, este inexact şi periculos să considerăm acest tip comun ca un model valabil pentru ordinile juridice în cauză. Diferenţele tehnice care subzistă între structurile şi funcţiile unei instituţii comune mai multor ordini juridice sunt de aşa natură încât reducerea la un numitor comun nu se poate realiza decât la un grad de abstracţie care nu mai este de nici un ajutor pentru funcţia pe care vrem s-o acordăm lui

---

[88] *Radbruch* (424) scrie: "Nimmermehr lässt sich aus dem Sein das Sein-Sollende ableiten, gleichviel ob ein gegenwärtiges oder vergangenes oder ob ein wahrscheinliches zukünftiges Sein in Frage steht". *Von Liszt* (**Der Zweckgedanke im Strafrecht, strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**, Berlin 1905, I, 126 şi urm.) trage o concluzie opusă şi scrie: "Nach meiner überzeugung kann das*Sein-Sollende* ausschliessilch aux dem Seienden abgeleitet werden. Oder genauer gesprochen: indem wir das Seiende als ein geschichtlich gewordenes betrachten und danach das *Werdende* bestimmen, erkennen wir das *Sein-Sollende*." A se vedea de asemenea *Maihofer*, **Realistiche Jurisprudenz, Rechtstheorie, Beiträge zur Grundlagendiskussion** (Frankfurt 1971). Această concepţie se apropie de cele ale lui *Saleilles* şi *Stammler*.

[89] Pentru critică a se vedea *Binder*, 950 şi urm., 961 şi urm.; *Sandrock*, 46; etc.

[90] Cf. *Binder*, 951 şi **infra**, Nr. 118.

Rechtstypus. Aşa, de exemplu, *Staehelin*[91] comparase neexecutarea contractuală în dreptul elveţian şi englez, considerându-l pe primul ca prototip al dreptului continental. Era acolo o greşeală; dreptul elveţian diferă în materie, atât de dreptul german cât şi de dreptul francez şi nu reprezintă deloc prototipul pentru Continent, un astfel de prototip neexistând de altfel[92]. În sfârşit, cum să elaborezi acest numitor comun atunci când termenii de comparat sunt de natură funcţională şi nu instituţională? *Rechtsideal*-ul nu este nici el la adăpost de critici. Desprins în mod subiectiv şi relativ, el nu poate constitui o unitate de măsură obiectivă. Oricum, acest termen de comparat nu poate exista decât dacă mai credem încă într-un fel de drept natural abstract, planând deasupra ordinilor juridice, ceea ce este imposibil. Dacă ceva de acest gen ar fi existat, rolul comparării ar fi fost mult uşurat căci am fi putut atunci să ne raportăm la un punct de referinţă stabil şi obiectiv.

Refuzând să accepte teza lui *Radbruch*, *Sandrock*[93] crede că *tertium comparationis*[94] poate fi cuprins în datele problemei puse. Simple probleme juridice, prezentate comparării sub formă de întrebări, ar putea juca rolul de *tertium comparationis*. *Sandrock* îşi ilustrează gândirea prin mai multe exemple. Astfel, în ceea ce priveşte situaţia juridică a copilului din afara căsătoriei, atunci când vrem să comparăm sistemul recunoaşterii şi cel al simplei obligaţii alimentare, am putea alege ca *tertium comparationis* chestiunea de a şti cum este reglementată problema numelui copilului din afara căsătoriei, sau în ce condiţii copilul îşi poate stabili paternitatea, sau în ce condiţii îşi poate valorifica dreptul la pensie alimentară contra tatălui sau mamei.

Această concepţie se datorează unei greşeli metodologice. *Sandrock* confundă pur şi simplu termenul de comparat cu *tertium comparationis*. Compararea situaţiei juridice a copilului din afara căsătoriei din mai multe ordini de drept necesită analiza şi compararea tuturor aspectelor şi a tuturor problemelor care concură la formarea acestei situaţii juridice. Dacă termenul de comparat este situaţia juridică a copilului din afara căsătoriei nu putem lăsa deoparte toate celelalte aspecte şi nu putem

---

[91] *B. Staehelin*, **Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht** (Basel 1954) 143.

[92] Cf. *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 4.

[93] *Sandrock*, 46.

[94] Alţi autori (*Langrod*, **Réflexions**, 365; *Knapp*, 76; *Häfelin*, **Das soziologische Element in der rechtsvergleichenden Methode, insbesondete im vergleichenden Verfassungsrecht. Recueil des travaux suisses présentés au VIIIème Congrès international de droit comparé**, Basel 1970, 102) concep *tertium comparationis* ca numitorul comun justificând compararea. În realitate, ei confundă *tertium comparationis* cu comparabilitatea termenilor de comparat. A se vedea **infra**, Nr. 23.

considera ca termen de comparat doar unul din aceste aspecte. Toate aceste aspecte nu sunt decât elemente ale schemei comparative[95] care trebuie să fie examinată în ansamblul ei. Nici unul din aceste aspecte nu poate servi, separat, drept termen de comparat. Fiecare dintre ele formează un element al termenului de comparat, care le înglobează pe toate şi care trebuie să fie examinat sub toate aspectele sale. Doar după aceea, trăgând concluzia în urma comparării, vom putea afirma că situaţia juridică a copilului din afara căsătoriei într-o anumită ordine de drept poate fi ataşată mai degrabă principiului recunoaşterii, decât aceluia al raporturilor de obligaţie alimentară.

Este cert că întotdeauna compararea se face între ordinile juridice confruntate şi nicidecum prin raportare la o *unitate de măsură* prestabilită, care, în cazul dreptului, nu există şi nu poate exista.

Alţi autori au căutat *tertium comparationis* în lumea, mai concretă, a realităţii sociale. Printre alţii, *Ascarelli*[96] lăsase deja să se înţeleagă că ansamblul problemei sociale care se găseşte în spatele fiecărei probleme juridice constituie baza comparabilităţii. Afirmaţia nu este totuşi decât parţial exactă. *Drobnig*[97] merge mai departe. În cazul lui, *tertium comparationis* se confundă cu categoriile sociologice comune. După el, "die rechtstatsächlichen Kategorien der Soziologie geben der Rechtsvergleichung erst das für alle Vergleichung erforderliche *tertium comparationis*. Durch das Angebot dieses ausserhalb der verglichenen Rechtssysteme stehenden Dritten erweist die Rechtssoziologie seinen wichtigsten Dienst der Rechtsvergleichung". Elaborarea de noţiuni comparative autonome, pe care juriştii le-ar accepta, riscă să nu fie altceva decât actualizarea noţiunii de *Begriffsjurisprudenz*[98]. Este de altfel foarte discutabil ca sociologia să poată furniza comparării *tertium comparationis*. Bineînţeles, există probleme sociale comune. Totuşi, ar fi greşit să credem despre comparare că nu se poate realiza decât pe baza acestor probleme. Structurile sociale ale diverselor societăţi sunt departe de a fi destul de omogene şi identice pentru a putea prezenta peste tot şi întotdeauna aceleaşi probleme sociale, pe care dreptul n-ar trebui decât să le reglementeze. Astfel, de exemplu, între instituţiile juridice ale unei societăţi agrare şi cele ale unei societăţi foarte industrializate există numeroase probleme sociale diferite, alături de problemele comune. Pe de altă parte, există numeroase instituţii juridice a căror existenţă nu este nicidecum de natură socială, ci de natură

---

[95] A se vedea **infra**, Nr. 45.

[96] *Ascarelli*, 11 şi 39 **şi infra**, Nr. 84.

[97] *Drobnig*, 365.

[98] A se vedea **infra**, Nr. 118.

tehnică, istorică, ideologică sau politică. Care este de exemplu realitatea socială care explică faptul că rezoluţiunea este pronunţată în Franţa de tribunale, în timp ce ea constituie un *Gestaltungsrecht* în Germania? De fapt această concepţie este bazată pe o greşeală. Realitatea socială nu constituie *tertium comparationis* ci numai unul din elementele pe care o aplicare corectă a metodei comparative trebuie neapărat să le examineze[99], pentru a cerceta dacă relaţiile juridice nu au cauze de natură socială. Dar comparatistul trebuie să ştie că aceste cauze pot fi de altă natură decât de natură socială.

10. Numărul şi alegerea ordinilor juridice de comparat

Alte două probleme metodologice au fost puse. Prima era de a şti câte ordini juridice trebuia să fie comparate; a doua era de a preciza dacă înainte de a compara trebuia operată o selecţie: se pune atunci problema criteriilor de selecţie. Cele două probleme constituie de altfel mai degrabă probleme de oportunitate decât de metodă. În ambele cazuri, alegerea comparatistului depinde mai întâi de scopul urmărit de comparare şi, după aceea, de posibilităţile sale personale.

Este evident că actul comparării poate îngloba mai mult de două ordini juridice. Dovada a fost făcută de nenumărate ori[100]. Aici, aproape toată doctrina este de acord. De altfel, trebuie să ne amintim că la început tendinţa comparatiştilor era de a îngloba în comparare cel mai mare număr posibil de ordini juridice. Cauza şi consecinţa acestei tendinţe universaliste era concepţia filozofică ce, prin generalizări succesive, aspira la a descoperi legile generale şi esenţa dreptului[101]. Dar această iluzie a fost abandonată. Comparatistul modern tinde să limiteze numărul de ordini juridice luate în considerare. Scopul vizat este de a face compararea să câştige în profunzime ceea ce trebuie să piardă în întindere. Căci un studiu comparativ care satisface toate exigenţele metodologice şi ştiinţifice trebuie neapărat să fie restrâns la un număr limitat de ordini juridice. Comparatiştii avertizează, pe bună

---

[99] Pentru diversele cauze ale relaţiilor a se vedea **infra**, Nr. 97 şi urm.

[100] În lucrarea mea (**Inexécution et faute contractuelle en droit comparé - Droit français, allemand, anglais**, Bruxelles 1960) am comparat neexecutarea şi culpa contractuală în dreptul francez, german şi englez. Într-o anumită măsură, m-am decis să compar trei ordini juridice şi pentru a răspunde unei rezerve de acest gen care fusese făcută. În acelaşi sens *Sandrock*, 46 şi *H.V.v. Hülsen*, **Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, insbesondere bei der Ermittlung übernationalen Zivilrechts**, JZ 1967, 630.

[101] *Fontana*, **Indroduzione al diritto pubblico comparato** (Firenze 1938) 143.

dreptate, asupra faptului potrivit căruia calitatea ştiinţifică a comparării pretinde să nu fie cuprinse prea multe ordini juridice[102]. Regula rămâne totdeauna *multum non multa*[103]. Dar acesta este un sfat de bun simţ şi nicidecum un obstacol de natură metodologică. În realitate, numărul ordinilor juridice confruntate depinde de scopul urmărit de comparatist. Este evident că datele problemei se vor schimba atunci când cercetarea comparativă nu mai este făcută de un singur cercetător, ci de echipe şi atunci când se vrea să se procedeze la cercetări comparative universale, care poartă asupra unei singure instituţii sau probleme juridice[104] sau asupra unui întreg domeniu juridic[105]. Aceasta pune noi probleme metodologice[106] iar sfaturile de limitare adresate unor cercetători izolaţi sunt în acest caz depăşite.

A doua problemă pusă era de a şti cum trebuie făcută alegerea ordinilor juridice pe care vrem să le comparăm, şi dacă, din acest punct de vedere, trebuie să respectăm reguli speciale. Deja *Savigny*[107] era de părere că orice comparare necesită o selecţie a ordinilor juridice. Potrivit concepţiei şcolii istorice, el limita compararea la dreptul germanic, roman şi anglo-saxon. *Lambert*[108] propunea tot astfel să se desprindă "elementele de uniformitate juridică", alcătuind *dreptul comun legislativ*, printr-o comparare redusă la ordinile juridice latină şi germanică, apropiate una de alta de numeroase asemănări şi legături. Susţinând afirmaţia potrivit căreia compararea ordinilor juridice având baze prea

---

[102] *Fontana*, loc. cit.; *Gutteridge*, 73; *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 22, 42; *Erbe*, **Der Gegenstand der Rechtsvergleichung**, RabelsZ 14 (1942) 214; *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 583 şi urm.; *Langrod*, **Réflexions**, 366; *Loeber*, 214 şi urm.; *Häfelin*, 102; *Kahn-Freund*, **Comparative Law as an Academic Subject** (Oxford 1965) 5; etc.

[103] *O. Riese*, **Etude sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse, Mélanges François Guisan** (Lausanne 1950) 169. *Kaden* (**Rechtsvergleichung, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch**, Berlin 1938, VI, 10 şi urm.) şi *Schmitthoff* (**The Science of Comparative Law**, CLJ VII, 1941, 97) sunt de părere că numărul ordinilor juridice comparate este fără importanţă, dar că un număr mai mare este preferabil. În acelaşi sens *Jaenicke*, **Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Länderberichte und Rechtsvergleichung, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht**, Bd. 44 (Köln, Berlin 1967) 862.

[104] *Schlesinger*, **Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems** (1968) 2 vol. A se vedea **infra**, Nr. 24 şi Nr. 115 c.

[105] *International Encyclopedia of Comparative Law.*

[106] *Drobnig*, **Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Lichte der «International Encyclopedia of Comparative Law», Jus Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein** (Tübingen 1969) I, 222 şi urm.; *Schlesinger* (op. cit. I, 2-65) examinează mai multe probleme metodologice puse de realizarea proiectului.

[107] Citat de *Wolfram Müller-Freienfels*, 172.

[108] *Lambert*, **La Fonction**, 895.

diferite este totdeauna infructuoasă, *Kaden*[109] exprimă aceeaşi idee sub o altă formă.

Aceasta pune, într-adevăr, problema de a şti dacă alegerea ordinilor juridice trebuie făcută în funcţie de Sistemele juridice, cu alte cuvinte, dacă nu trebuie comparate decât ordini juridice înrudite şi aparţinând aceluiaşi Sistem juridic. Şovăielile, ce au fost mult timp dominante, în sensul unei comparări limitate la ordini juridice înrudite, par astăzi depăşite[110]. Din punctul de vedere al cunoştinţelor ştiinţifice[111] tocmai comparările efectuate asupra unor ordini juridice foarte îndepărtate unele de altele şi aparţinând unor Sisteme juridice diferite sunt cele mai fructuoase. Din acest punct de vedere nici o regulă metodologică nu poate limita alegerea care, şi în acest domeniu, este determinată de scopul urmărit de actul comparării.

În aceeaşi ordine de idei trebuie menţionaţi autorii[112] care cred că alegerea ordinilor juridice pe care vrem să le comparăm trebuie să înglobeze anumite ordini juridice, reprezentative pentru un întreg grup. Este şi consecinţa concepţiei care clasează ordinile juridice în grupe, familii sau Sisteme juridice. Astfel *Arminjon-Nolde-Wolff*[113] le-au grupat după criteriul ordinilor juridice *originare* şi ordinilor juridice *derivate*. Plecând de la această idee, *Zweigert*[114] este de părere că atâta timp cât *Tochterordnung* rămâne în sistemul lui *Mutterordnung*, comparatistul se poate limita la a o examina numai pe aceasta din urmă[115]. Totuşi exemplele pe care le dă sunt de natură a respinge propria sa teză. Într-

---

[109] *Kaden*, 10. În generalitatea ei afirmaţia este inexactă. De pildă, compararea ordinilor juridice cele mai îndepărtate, cum sunt ordinile juridice ale Sistemelor anglo-american şi european, pe de o parte, şi ordinile juridice ale Sistemului *socialist*, pe de altă parte, este cea mai fructuoasă din punctul de vedere al cunoaşterii ştiinţifice. A se vedea **infra**, Nr. 39.

[110] A se vedea **infra** Nr. 39.

[111] Idem nota 110.

[112] De exemplu *Staehelin*, op. cit. Bineînţeles exemplele sunt foarte numeroase.

[113] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 47.

[114] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 583 şi urm. După el, *Neumayer* (**Fremdes Recht**, 426) care îşi propune să se concentreze asupra dreptului francez şi german ca tipuri principale (Haupttypen) ale Sistemului continental. A se vedea totuşi observaţiile foarte juste ale lui *Drobnig* (224 şi urm.) care condamnă orice selecţie apriorică.

[115] În acelaşi sens, *Arminjon-Nolde-Wolff* (I, 30) şi-au propus să facă o comparare aprofundată a Sistemelor juridice originare şi să limiteze compararea Sistemelor juridice derivate numai la anumite excepţii. Totuşi, înrudirea bazată pe faptul că anumite ordini juridice derivă dintr-o ordine juridică originară nu are decât o valoare istorică şi nu poate servi pentru a grupa ordinile juridice în Sisteme juridice. Numai elementele determinante, comune mai multor ordini juridice, pot fonda o veritabilă înrudire, aceea tipologică. Această problemă va fi examinată în volumul următor.

adevăr, este evident că anumite ordini juridice derivate pot căpăta o originalitate care-l obligă pe comparatist să le examineze în mod direct. Soluţia propusă de *Zweigert*[116] pare să fie metodologic inexactă pentru că, în privinţa multor instituţii juridice, ordini juridice foarte apropiate pot fi diferite[117]. Astfel aceeaşi dispoziţie sau aceeaşi lege pot fi interpretate diferit de tribunalele a două ordini juridice. Interpretarea diferită dată de tribunalele naţionale unei aceleiaşi *legi uniforme* constituie un fenomen general verificat. Situaţia juridică a copilului din afara căsătoriei în dreptul turc diferă profund de cea a copilului din afara căsătoriei în dreptul elveţian, deşi codul este acelaşi. Asupra mai multor puncte, diferenţe mari apar în domeniul răspunderii delictuale în dreptul belgian şi francez, deşi articolele în cauză şi Codul civil sunt aceleaşi. Cu atât mai mult cu cât diferenţe între instituţiile unei ordini juridice care, fără a-l relua exact, imită mai mult sau mai puţin fidel un alt cod, pot apărea uşor. În Sistemul *socialist*, există diferenţe foarte numeroase între dreptul sovietic şi cel al statelor Europei de est.

Consecinţa metodologică este că nu trebuie crezut că existenţa prototipurilor juridice permite ignorarea ordinilor juridice derivate. Într-adevăr, se cuvine examinată fiecare ordine juridică în parte înainte de a generaliza. Nu trebuie crezut că o altă ordine juridică, ordinea juridică *originară*, poate da informaţii, *în mod exact*, despre un termen de comparat aparţinând unei ordini juridice derivate. Poate s-o facă, cel mult, în ceea ce priveşte elementele determinante. Orice micro-comparare[118], care nu se epuizează în generalităţi banale, trebuie să procedeze la studierea metodică a termenilor de comparat în ordinile juridice respective şi nu trebuie să aleagă cutare sau cutare ordine juridică drept model care îi indică *a priori* soluţiile unei ordini juridice derivate. Abia după comparare se va putea conchide că soluţiile a două

---

[116] Această metodă poate avea o valoare didactică în sensul că un Sistem juridic străin este ilustrat în mod general prin expunerea unei ordini juridice considerate ca reprezentativă. Astfel putem expune studenţilor dreptul englez ca reprezentând Sistemul *Common Law* şi dreptul francez ca prezentând caracteristicile principale ale Sistemului *Civil Law*. În cele din urmă acest autor (**Livre du Centenaire**, II, 287) pare să-şi abandoneze poziţia iniţială.

[117] În acelaşi sens, *Ferid* (I, 1) constată pe bună dreptate că în nici un caz cunoaşterea dreptului francez nu constituie drumul de acces către majoritatea ordinilor juridice latine.

[118] Problema se pune în termeni deosebiţi în macro-comparare unde, în cadrul Sistemelor juridice, unele ordini juridice sunt, în ceea ce priveşte elementele lor determinante, mai reprezentative decât altele. Astfel, pentru Sistemul *socialist* cea mai reprezentativă este ordinea juridică sovietică. Aceasta a elaborat prima elementele determinante pe care celelalte ordini juridice ale aceluiaşi Sistem n-au făcut decât să le reia.

ordini juridice coincid în ceea ce priveşte termenul de comparat, în întregime, în mod parţial sau deloc.

Odată îndepărtată această falsă soluţie metodologică rămâne puţin de spus asupra principiilor ce călăuzesc comparatistul în alegerea ordinilor juridice din care fac parte termenii de comparat. În realitate, problema aceasta nu poate primi un răspuns de principiu, *a priori* sau abstract[119]. Nici un principiu deosebit nu comandă alegerea aceasta[120]. Alegerea ordinilor juridice variază în funcţie de scopul[121] urmărit *in concreto* de comparatist. Astfel, de exemplu, dacă urmărim o unificare internaţională a dreptului alegem în vederea comparării acele ordini juridice pe care vrem să le facem să intre în procesul unificării. Când compararea se practică în scopul unei politici legislative, se va face apel în mod necesar la ordinile juridice socotite cele mai potrivite pentru a propune un model valabil[122]. Când este vorba de o comparare teoretică, care nu urmăreşte nici un scop practic, alegerea poate fi determinată de cunoştinţele comparatistului în domeniul unei ordini juridice străine precise. În celelalte ipoteze, ceea ce este determinant pentru alegerea ordinilor juridice este scopul urmărit de comparatist. Majoritatea autorilor sunt de acord asupra acestei chestiuni.

11. Compararea sincronică şi diacronică[123]

Compararea este orizontală atunci când este sincronică, cu alte cuvinte atunci când pune faţă în faţă ordini juridice apropiate în timp

---

[119] *David*, **Traité**, 7; *Gutteridge*, 74; *Drobnig*, 224; etc.

[120] A se vedea totuşi *Bernhardt*, 437.

[121] În ceea ce priveşte *Encyclopedia of Comparative Law* aceasta rezultă clar din observaţiile făcute de *Drobnig*, 224 şi urm. Pretenţia la universalitate a Enciclopediei şi imposibilitatea de a expune toate soluţiile tuturor ordinilor juridice au obligat autorii să facă o alegere. Alegerea este determinată de faptul că, pentru fiecare problemă juridică, soluţiile pot fi grupate în mai multe *soluţii-tip* şi că fiecare tip de soluţie este mai bine reprezentat de o ordine juridică sau de o alta. Pentru motivele ce au determinat alegerea ordinilor juridice în cadrul proiectului *Cornell University*, a se vedea *Schlesinger*, **The Common Core of Legal Systems. An emerging Subject of Comparative Study, 20th Century Comparative and Conflicts Law. (Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema**, Leiden 1961, 66 şi urm.) şi *acelaşi* autor, **Formation of Contracts**, I, 20 şi urm. A se vedea rezervele aduse de *Zweigert* (**Livre du Centenaire**, II, 289) metodei propuse de *Drobnig*.

[122] *Zweigert*, loc. cit. 584, 586; *v. Hülsen*, 629; *Caemmerer* şi *Zweigert*, **Livre du Centenaire**, II, 286 şi urm.

[123] A se vedea deja *de la Grasserie*, **Concept général et définition de la science du droit comparé. (Procès-Verbaux)** I, 205 şi urm.; *R. Pound*, **Comparative Law in Space and Time**, AJoCL 4 (1955) 70 şi urm.

dar îndepărtate în spaţiu. Îndepărtarea spaţială dintre ordinile juridice puse faţă în faţă prin actul comparării n-are nici o însemnătate. Pentru acest gen de comparare nu există nici o dificultate deosebită; compararea juridică actuală se înscrie aproape exclusiv în această categorie. Singura problemă ce se pune priveşte comparabilitatea ordinilor juridice la nivelurile istoric şi etnologic[124].

Compararea este verticală atunci când este diacronică, cu alte cuvinte atunci când pune faţă în faţă ordini juridice îndepărtate în timp[125]. Această comparare pune aşadar mai multe probleme. Prima este de a şti dacă, practicată în cadrul aceleiaşi ordini juridice, compararea constituie una în sensul definiţiei date. Este evident că o comparare între structura şi funcţiile unei instituţii juridice actuale şi formele precum şi funcţiile sale trecute este posibilă şi deseori necesară. Această comparare e chiar indispensabilă dacă ne gândim cât de mult evoluează în timp noţiunile juridice, datorită evoluţiei nevoilor sociale şi economice şi a concepţiilor socio-juridice ce le slujesc drept bază. Dacă lăsăm deoparte dreptul roman, predat în numeroase ţări ca disciplină autonomă, se întâmplă în mod foarte curent ca juriştii să încerce să desluşească forma şi funcţia actuală a unei instituţii juridice prin trecutul ei. De exemplu, autorii germani compară deseori o instituţie juridică actuală cu forma pe care ea a avut-o în dreptul roman şi în dreptul Pandectelor, uneori în dreptul germanic sau în ALR. Graţie receptării dreptului roman în secolele XV şi XVI precum şi cu ocazia celui de-al doilea val, din secolul XIX, aşadar datorită acţiunii Pandectiştilor, şi ca urmare a şcolii istorice, elementul roman rămâne componenta principală a dreptului german şi îndeosebi a dreptului civil. Se poate spune că mulţumită Pandectiştilor[126] dreptul roman a influenţat adesea direct BGB-ul. Numeroase instituţii ale dreptului civil, astfel cum BGB-ul le-a preluat din dreptul Pandectelor, nu pot fi înţelese decât prin

---

[124] A se vedea **infra**, Nr. 36.

[125] E vorba aproape totdeauna de istoria comparată a dreptului. Pentru aceste probleme, a se vedea *Lambert* (**La Fonction**, 53 şi urm.) şi *Fontana*, 58 şi urm. Pentru alte distincţii cum ar fi *paleontologie* şi *filogenie juridică* a se vedea *Bevilaqua*, 22. A se vedea de asemenea *Dölle*, **Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung**, Nr. 1 (1950/51) 2; *Aubin-Zweigert*, 25; etc.

[126] Deşi BGB, pe care l-a influenţat profund, a luat ce era mai bun, marea operă pe care o constituie ştiinţa Pandectelor, oficial înlocuită, n-a fost dată uitării, după cum cu seninătate prevedea *Windscheid* în prefaţa celei de-a patra ediţii a operei sale **Lehrbuch des Pandekten Rechts** (Düsseldorf 1874 -1875).

compararea cu dreptul roman[127]. Aceasta explică de ce în Germania şi în Italia, mai mult decât în oricare altă ţară, astfel de comparări sunt, chiar şi la ora actuală, curente şi considerate printre fundamentele cele mai sigure ale formării civiliste.

Situaţia este diferită în Franţa, în măsura în care dreptul roman a fost asimilat pe nesimţite de-a lungul secolelor. Veriga Pandectiştilor lipseşte, iar dreptul roman nu are, faţă de Codul civil, decât o existenţă îndepărtată şi ternă. Apelul la dreptul roman al juriştilor francezi se explică mai cu seamă prin obişnuinţa şi curiozitatea ştiinţifică. *Actualitatea* dreptului roman nu este resimţită de civilistul francez cu aceeaşi intensitate ca civilistul german. Juriştii francezi se referă de asemenea la trecut şi fac comparări pentru a vedea care au fost structura şi funcţia unei instituţii juridice prezente, în dreptul roman, în vechiul drept francez şi în forma consacrată de Parlamente sau de autori ca *Domat* şi *Pothier*. După părerea lui *René Savatier*[128], studiul dreptului roman în Franţa constituia până la sfârşitul secolului al XIX-lea "totodată, cercetarea unei comparări şi cercetarea unei filiaţii". Aceasta era situaţia înainte ca şcoala istorică, a cărei încununare în Franţa este reprezentată de opera lui *Girard*, să transforme studiul dreptului roman într-o simplă cercetare istorică. Începând cu *Pothier*, continuând cu primii comentatori ai Codului civil şi până în a doua jumătate a secolului al XIX-lea, se studia dreptul roman, nu în virtutea propriei sale istorii, ci pentru a explica instituţiile juridice ale dreptului francez. Dreptul roman reprezenta un fel de model pentru dreptul civil. Compararea se limita mai ales la unele aspecte tehnice, dat fiind că fundamentul politic şi social rămânea în afara cercetării comparative. Tocmai de

---

[127] O reluare a exemplelor celor mai importante şi mai cunoscute de curând la *Max Kaiser*, **Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht**, JuS 1967, 337 şi urm. şi la *Fritz Sturm*, **Literaturschau: Römisches Recht - Römisches Privatrecht und Pandekten**, JuS 1969, 445 şi JuS 1970, 47. Este evident că ciudata dispoziţie din § 780 BGB se clarifică printr-o comparare cu *stipulatio*; că distincţia dintre raporturile de obligaţie (fără efecte reale) şi actele de dispoziţie (Verpflichtungsverhältnisse ohne dingliche Wirkung und Verfügungsgeschäfte) (§§ 657, 780, 781, 784, 793 BGB, 350 HGB; Art. 28 WG, Art. 12 ScheckG) care alcătuieşte principiul abstracţiei; că reglementarea defectuoasă a încălcării unei obligaţii ce nu justifică exercitarea răspunderii decât în cazul imposibilităţii (§§ 280, 275 BGB) şi al întârzierii (§ 286 al. 1 BGB); că reglementarea mediocră a rezoluţiunii (§§ 325 şi urm. BGB), sunt tot atâtea elemente care caracterizează dreptul german, separându-l de cel francez. Aceste diferenţe devin de înţeles printr-o comparare cu dreptul roman care, în forma sa clasică, a inspirat mai mult BGB-ul decât Codul Civil. Alteori, ele se explică prin erorile comise de Pandectişti în interpretarea surselor romane.

[128] *René Savatier*, **Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui** (Seria a 2-a, Paris 1959) 315 şi urm.

aceea *Planiol*, în al său *Tratat elementar de drept civil*, începea fiecare capitol al dreptului francez cu o introducere istorică, alcătuită în mare parte din studierea instituţiilor respective ale dreptului roman. În acest timp, *Girard* separa dreptul roman de dreptul civil francez pentru a face din primul un obiect de cercetare pur istorică. După cel dintâi război mondial, *Ripert* le cere colaboratorilor ce trebuia să participe la elaborarea *Tratatului practic de drept civil* să renunţe la expunerea introducerii istorice. *Planiol* a fost ultimul care a luat în considerare raporturile dintre dreptul roman şi dreptul civil francez. Reforma studiilor de drept, necesitând completarea studiului dreptului roman cu studiul dreptului mai vechi, ca, de pildă, dreptul grec şi babilonian, reîntăreşte tendinţa de lărgire a orizontului cultural, limitând însă posibilităţile comparării. Într-adevăr, studierea la Universitate a dreptului grec şi babilonian, superficială din punct de vedere juridic, constituie cu atât mai mult un element de cultură generală.

Cu toate acestea, comparările cu dreptul roman se deosebesc de cele făcute de cercetătorii de drept civil germani prin intensitatea lor, prin frecvenţa lor şi mai ales prin poziţia dreptului roman faţă de dreptul german. Această comparare, cuprinsă în cadrul aceleiaşi ordini juridice, comparare diacronică internă, devine în acest caz o comparare pur istorică, limitată la planul naţional, având numeroase raţiuni de a fi[129], însă corespunzând într-o măsură redusă comparării sistematice proprii dreptului comparat, astfel cum am avut-o în vedere în definiţia dată. În principiu, această comparare nu pune faţă în faţă ordini juridice diferite[130], ci compară o instituţie actuală cu sursele ei. Datorită acestui fapt, această comparare istorică internă, de altminteri foarte utilă, nu poate fi asimilată cu compararea sistematică binară sau plurinaţională, care fac obiectul studiului nostru.

Modul de a înfăţişa dreptul roman şi de a face din instituţiile sale juridice un obiect de studii comparative depinde într-o mare măsură de raporturile istorice ale dreptului roman cu ordinea juridică în chestiune. De când şi-a pierdut calitatea de drept cu valoare pozitivă directă sau subsidiară, dreptul roman a devenit, poate cu o singură excepţie, un

---

[129] *F. Sturm*, în articolele citate la nota nr. 127, le reaminteşte.

[130] Dreptul roman este considerat aici ca sursă a dreptului naţional. Compararea nu tinde să arate cum două ordini juridice au dezlegat aceeaşi problemă ci, mai degrabă, cum aceeaşi instituţie juridică a evoluat în cadrul aceleiaşi ordini juridice. Bineînţeles, chestiunea poate fi discutată în privinţa dreptului roman care a constituit o ordine juridică autonomă. Ea nu poate fi însă discutată atunci când se rămâne în cadrul aceleiaşi ordini juridice pentru a compara de exemplu forma pe care a avut-o o instituţie juridică în dreptul Pandectelor şi în BGB sau în vechiul drept francez şi în Codul civil.

drept străin. Aceasta explică de ce el este socotit ca o materie autonomă în învăţământul multor ţări sau ca element de comparare istorică în altele. În învăţământul din universităţile germane, dreptul roman (şi mai târziu alte ordini de drept[131] vechi) a fost strâns legat de comparare. În Statele Unite[132] şi în Marea Britanie[133], dreptul roman era inclus în noţiunea de *Foreign Law* şi era predat ca atare. Dar din acest motiv el este considerat în acelaşi timp ca element de comparare.

Raportul strâns dintre studiul dreptului roman ca drept străin şi comparare ne lămureşte de ce, plecând de la dreptul roman, în Statele Unite şi în Anglia s-au dezvoltat studiile comparative privitoare la ordinile juridice moderne[134].

Într-adevăr, dreptul roman a fost predat ca atare în mai multe facultăţi de drept, îndeosebi la Oxford. Totuşi, expunerea lui viza două obiective principale: primul era de a le furniza studenţilor, prin cunoaşterea unei ordini juridice străine, elementele de bază în vederea unei comparări cu dreptul englez; al doilea obiectiv era de a le uşura studenţilor învăţarea ordinilor juridice derivate din dreptul roman[135]. Cu toate acestea, după cum *Koschaker* o arăta deja şi nu fără oarecare nelinişte, studiul dreptului roman astăzi se află peste tot în declin: în Germania ca şi în Franţa, în Statele Unite ca şi în Anglia[136], unde "locul dreptului roman este luat încetul cu încetul de o mulţime de cursuri

---

[131] *Aubin-Zweigert*, 34, nota 29.

[132] Interesul ştiinţific pe care îl prezintă dreptul roman a fost recunoscut în chip marginal în măsura în care Universitatea din Yale a introdus în 1876 (urmată de Facultatea de Ştiinţe Politice a Universităţii din Columbia în 1880) un curs de drept roman în programele sale de învăţământ superior. (Cf. *John N. Hazard* şi *Charles Szladits*, **Le développement du droit comparé aux Etats-Unis d'Amerique. Livre du Centenaire**, II, 340). Tot astfel, pornind de la dreptul roman, *Munroe Smith* (care în 1927 scria: "nu poate exista ştiinţă juridică fără întrebuinţarea metodei comparative") propunea să li se dea posibilitatea facultăţilor de drept să cunoască dreptul străin şi compararea. În acelaşi sens, *R. Pound* (**The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum**, TLR 8, 1934, 61) în ciuda reticenţelor sale (cf. *John Hazard* şi *Charles Szladitz*, 242). A se vedea în privinţa acestei probleme în afara articolelor citate: *Yntema*, loc. cit.; *Stevenson*, **Comparative and Foreign Law in American Law Schools**, ColumbiaLR 50 (1950) 618.

[133] *Hamson*, **Droit comparé et enseignement du droit**, RIDC 1950, 672.

[134] *Hamson*, loc. cit.

[135] *Neville Brown*, 371; *F.H. Lawson*, **A Common Lawyer looks at the Civil Law** (Ann Arbor 1951) 1 şi urm.

[136] În Anglia, o lovitură directă a fost dată predării dreptului roman prin reforma examenelor baroului din anul 1966 care a eliminat dreptul roman ca subiect obligatoriu la acest examen. În urma sa, mai multe facultăţi de drept au încetat de a mai preda dreptul roman ca materie de examen. Cf. *Neville Brown*, 371.

diverse, toate încercând să se folosească de metoda comparativă"[137]. La aceasta se adaugă mai cu seamă cursurile de drept comparat referindu-se direct la ordinile juridice moderne de tip *Civil Law*, cum ar fi dreptul francez sau dreptul german[138].

Termenii de comparat trebuie să aparţină neapărat mai multor ordini juridice şi prin aceasta, să le pună faţă în faţă. Cu toate acestea, nu este nicidecum necesar ca ordinile juridice să fie într-un raport sincronic. Cele două ordini juridice pot să aparţină trecutului şi atunci este vorba de un studiu comparativ istoric sau de istorie comparativă, căci sincronismul nu este actual. Dar se poate ca studiul comparativ să fie diacronic deoarece el pune faţă în faţă o ordine juridică actuală şi o ordine juridică veche, depărtarea temporală existentă între ordinile juridice puse în paralel neavând importanţă[139]. Astfel de studii comparative sunt posibile din punct de vedere metodologic şi utile din punct de vedere ştiinţific. Diacronia existentă între ordinile juridice nu are importanţă dacă termenii de comparat prezintă suficiente elemente pentru a permite comparări ştiinţific valabile[140]. De altminteri, istoria comparată a dreptului furnizează, prin însuşi obiectul ei, dovada că diacronia ordinilor juridice nu este un obstacol în sine[141]. Dar după cum am precizat, istoria comparată a dreptului presupune o metodă care să aplice anumite reguli tehnice proprii.

De asemenea, trebuie pusă problema de a şti dacă ordinile juridice puse faţă în faţă prin actul comparării trebuie să aparţină aceleiaşi epoci. O astfel de limitare nu este justificată de nici un argument metodologic valabil. Nu există nici un motiv ca să limităm compararea la ordini juridice aflate din punct de vedere temporal pe acelaşi palier, cum sunt, de exemplu, dreptul vechi roman, grec şi egiptean. Comparări au fost făcute între ordini juridice dispărute şi ordini juridice în vigoare. Foarte interesantul studiu comparativ făcut de *Buckland* şi *McNair*[142] între dreptul roman şi *Common Law* aduce cea mai bună

---

[137] *Neville Brown*, 371.

[138] La King's College din Londra, dreptul francez este predat de profesorul *Chloros* iar dreptul german de profesorul *Cohn*.

[139] *Fontana*, 59 şi urm.

[140] *Pollock* (**The History of Comparative Jurisprudence**, JoCL, V, 1903, 76) afirmă că nu are nici o importanţă *contemporaneitatea*, ceea ce trebuie este ca ordinile juridice şi instituţiile comparate să fi atins acelaşi stadiu de dezvoltare. A se vedea de asemenea: *Häfelin*, 88.

[141] A se vedea **infra**, Nr. 35.

[142] *W.W. Buckland-Arnold McNair*, **Roman and Common Law. A Comparison in outline** (Cambridge 1936; ed. a 3-a de F.M. Lawson, Cambridge 1965). La aceasta trebuie adăugat faptul că la Oxford compararea sistematică a instituţiilor juridice engleze cu Digestele constituie o materie obligatorie de studiu: cf. *Hamson*, 672 şi urm. şi *Neville Brown*, 370 şi nota 70.

probă că îndepărtarea în timp şi faptul de a compara ordini juridice dispărute cu ordini juridice actuale nu prezintă obstacole serioase pentru studii comparative valabile[143]. Astfel de studii pot deschide orizonturi noi şi pot să zguduie concepţiile cele mai general admise. Astfel, disparităţile şi opoziţiile existente între Sistemul juridic al ţărilor de drept roman şi Sistemul de tip *Common Law* au făcut să se piardă din vedere unele afinităţi reale existente între dreptul roman şi *Common Law*. Într-adevăr, existenţa anumitor analogii fundamentale între dreptul roman şi cel englez a devenit acum mai vizibilă: repulsia faţa de legislaţia statală şi elaborarea principiilor juridice plecând de la cazuri individuale, existenţa a două izvoare de drept (*Common Law - Equity* pe de-o parte, *ius civile - ius honorarium* pe de altă parte), acel *writ* pe de-o parte şi sistemul acţiunilor pe de altă parte, soluţia dată pornind de la cazuri concrete şi nu de la principii generale, şi multe alte asemănări, au încurajat autorii englezi să multiplice comparările între dreptul roman clasic şi dreptul englez[144]. Punctul culminant al acestui gen de studii comparative diacronice, între dreptul englez şi dreptul roman, se află în marea sinteză pe care o constituie cartea lui *Buckland şi McNair*[145]. Aceşti autori au cuprins în cercetarea lor comparativă un câmp larg conţinând principalele domenii şi instituţii juridice ale dreptului civil şi ale dreptului procesual. Cartea lor, clasică astăzi, a arătat mari analogii între aceste două ordini juridice, în timp ce juriştii neavizaţi credeau că analogiile existau mai curând între dreptul roman şi ordinile juridice latine ale continentului. Din punct de vedere metodologic, această lucrare a subliniat nu numai posibilitatea tehnică, dar, totodată, şi marele interes ştiinţific al unor asemenea studii comparative[146]. Ceea ce

---

[143] Compararea ordinilor juridice naţionale actuale cu dreptul roman constituia aproape o tradiţie ştiinţifică în secolul trecut. Citărm doar trei exemple: *A.T. Desquiron*, **L'esprit des Instituts de l'empereur Justinien comparé avec les principes du Code Napoléon** (Paris 1810) 2 vol.; *James Williams*, **The Institutes of Justinien illustrated by English Law** (London 1893); *Lord Mackenzie*, **Studies in Roman Law with comparative Views of France, England and Scotland** (Edinbourgh ed. a 7-a 1896). În momentul de faţă, din contră, dreptul roman se află peste tot în declin.

[144] Tradiţia este mai veche. Nu avem decât să ne gândim la *James Bryce*, **Studies in History and Jurisprudence** (Oxford 1901) 2 vol. Foarte adesea, obiectul acestor studii este compararea între dreptul roman şi cel englez. Astfel, de exemplu: **Methods of Law making in Rome and in England**, op. cit. II, 247 şi urm.; etc.

[145] *W.W. Buckland-Arnold McNair*, op. cit. Traducerea franceză a introducerii acestei cărţi a fost publicată în **Recueil Lambert** (II, 18 şi urm.) sub titlul: "**Les sources du droit romain et du Common Law**". În acelaşi sens, *Hanz Peter*, **Römisches Recht und englisches Recht** (Wiesbaden 1969).

[146] În domeniul dreptului constituţional, a se vedea de exemplu *Charles Howard McIlwain*, **Constitutionalisme, ancient and modern** (Ithaca N.Y. 1940).

i-a permis profesorului *Buckland* să scrie: "E poate un paradox, dar adevărul pare a fi că există mai multe afinităţi între juristul roman şi juristul de *Common Law*, decât între juristul roman şi urmaşul său, civilistul modern"[147] [148].

12. UNITATE SAU PLURALITATE DE METODE

Oare metoda comparativă este aceeaşi în toate ştiinţele care au o legătură directă cu dreptul, ca etnologia juridică, istoria comparată a dreptului, sociologia juridică, ştiinţa civilizaţiilor ? Răspunsul este probabil afirmativ[149], dar numai la un înalt nivel de abstracţie. În realitate, fiecare din aceste ştiinţe întrebuinţează metoda comparativă în scopuri destul de diferite şi se poate ca ea să prezinte unele elemente diferite în funcţie de ştiinţa luată în considerare.

Entuziasmul etnologiei juridice pentru metoda comparativă, devenită propria sa metodă, nu putea remedia falsitatea postulatelor sale. Conform ei, una din funcţiile metodei comparative era de a reconstitui instituţiile juridice şi dreptul popoarelor dispărute. Dar ea nu putea să facă acest lucru plecând de la o înrudire instituţională aproximativă, de la paralelisme imaginare sau de la existenţa necesară a unor paralelisme deduse din teoria stadiilor de evoluţie. Era vorba de o sarcină nu numai hazardată în raport cu starea cunoştinţelor de atunci, ci funciar greşită din punctul ei de plecare[150]. În loc de a-i rezerva un rol auxiliar şi limitat, au fost generalizate unele rezultate parţiale sau confirmate în pripă ipoteze fanteziste. Din contră, aplicarea metodei comparative în dreptul roman, şi îndeosebi în istoria comparată a ordinilor de drept vechi[151], a dat rezultate apreciabile. În linii mari, metoda comparativă

---

[147] Afirmaţia vizează mai mult procesul de elaborare cazuistică şi sistemul acţiunilor din dreptul pretorian şi din *Common Law* decât diviziunile, spiritul, instituţiile şi logica celor două ordini de drept.

[148] Desigur, ar fi folositor să putem prezenta, ca obiect de învăţământ unic, o comparare completă în acelaşi timp verticală şi orizontală (*Aubin-Zweigert*, 26). Lucrul nu e posibil decât rar deoarece în principiu, între ordinile juridice actuale şi cele trecute, există adesea o continuitate prea mică.

[149] *Gutteridge* (29) scria: "Metoda dreptului comparat este de asemenea în serviciul istoricului dreptului, al filozofului dreptului, al judecătorului, practicianului, profesorului de drept; şi totdeauna, în toate aceste cazuri, metoda este aceeaşi". A se vedea totuşi remarca pe care el o face la pagina 102.

[150] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 50 şi **infra**, Nr. 33, 116.

[151] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47 şi **infra** Nr. 35.

este aceeaşi peste tot. Totuşi, importanţa elementelor istorice, în procesul metodologic, este în acest caz extrem de mult întărită. Comparatistul, care se ocupă de istoria dreptului, trebuie să fie în acelaşi timp jurist, istoric şi filolog. Imprecizia elementelor cu care el operează şi numărul dificultăţilor pe care trebuie să le rezolve îl obligă la o prudenţă extremă în folosirea acestei metode. Bineînţeles, numeroşi romanişti s-au folosit excelent de metoda comparativă, iar *Wenger* avea dreptate când scria: "Romanistul de meserie este nu numai autorizat ci şi obligat să facă cercetări de drept comparat"[152]. Având în vedere insuficienţa şi pericolele implicate de un studiu limitat numai la dreptul roman, socotit ca model de evoluţie juridică, *Edouard Lambert* scria la începutul secolului: "Izolat faţă de studiul istoriei comparative, studiul istoriei dreptului roman nu riscă numai să transforme în reguli generale ale dezvoltării sociale accidentele şi particularităţile evoluţiei juridice ale unei civilizaţii speciale. El ne ascunde adevărata fizionomie a instituţiilor primitive şi ne face neputincioşi să pătrundem problema originilor dreptului, determinându-ne să nu ţinem seama decât de datele inexacte procurate de o tradiţie mincinoasă"[153]. Numai istoria comparativă poate îndrepta şi lumina istoria dreptului roman. Cu toate acestea, în ciuda prudenţei romaniştilor în utilizarea acestei metode, succesul ei s-a datorat numărului de cunoştinţe referitoare la acest drept; ea le îngăduia să înainteze pe un teren destul de sigur şi să atribuie metodei rolul auxiliar şi limitat ce îi revenea.

Cu mult mai mari sunt greutăţile ce trebuie rezolvate pentru istoricii celorlalte ordini de drept vechi, chiar dacă sarcinile impuse de metoda comparativă sunt, în general, aceleaşi. Când e vorba de ordini de drept aparţinând unor perioade îndepărtate din istorie, comparatistul trebuie să interpreteze texte obscure, fragmentare şi incomplete, să umple lacunele, să facă unele ipoteze, verificând sau infirmând altele. Întrebuinţarea metodei comparative devine anevoioasă cerând cunoştinţe istorice şi lingvistice, pe lângă cunoştinţele juridice. În sfârşit, fără o cunoaştere destul de aprofundată a structurii societăţii şi popoarelor luate în considerare, în sensul larg al termenului, interpretarea textelor riscă să rămână o exegeză deşartă, abstractă. Cu toate acestea, pentru toate aceste operaţiuni, metoda comparativă poate fi de un apreciabil ajutor[154]. S-a scris pe bună dreptate că metoda comparativă este un

---

[152] *Wenger*, **Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire des droits antiques (Recueil Lambert)** I, 140.

[153] *Edouard Lambert*, **La Fonction**, 543.

[154] A se vedea mai ales *Trimborn*, **Die Methode der ethnologischen Rechtsforschung**, ZvglRwiss 43 (1928) 416 şi autorii pe care el îi citează aici.

mijloc excelent de a explora o ordine juridică dată. Izvoarele unei ordini de drept, ca regulă generală, conţin lacune. "Dreptul comparat poate să ne ajute să umplem aceste lacune. Dacă o instituţie este bine documentată într-o anumită ordine juridică, dreptul comparat ne va permite să lămurim tradiţia fragmentară a aceleiaşi instituţii într-o altă ordine juridică, raportând unele la altele aceste fragmente care, în izolarea lor, ar fi de neînţeles, şi ne va permite, pe deasupra, să descoperim conexiunile şi să punem întrebări care, altminteri, ar rămâne ascunse"[155]. Mai trebuie adăugat încă faptul că în istoria comparată a dreptului, metoda comparativă nu poate şi nu trebuie să fie decât o metodă auxiliară[156] hărăzită în mod deosebit să dea indicaţii şi să verifice valoarea unor ipoteze sau semnificaţia unor anumite elemente. Ea va permite să se controleze[157] anumite presupuneri, să se lărgească datele cunoaşterii privind ordinile de drept ale antichităţii ce sunt studiate şi, în cele din urmă, înţelegerea mai bună a acestora. În nici un caz metoda comparativă nu poate sluji la reconstituirea ordinilor de drept dispărute şi necunoscute[158] sau a unor perioade obscure din istoria dreptului.

13. AUTORII CARE CRED ÎN EXISTENŢA DIVERSELOR FORME DE COMPARARE

O altă problemă a fost pusă, în urma unor luări de poziţie succesive ale comparatiştilor, fără să fi existat o voinţă precisă de a o rezolva sau a o examina: problema este de a şti dacă în domeniul juridic există mai multe forme de comparare. Comparatişti care încercau să precizeze fie obiectivul, fie funcţiile, fie domeniul dreptului comparat, au sfârşit adesea prin a desluşi felurite forme de comparare sau de drept comparat. Totuşi, absenţa unui acord asupra domeniului şi asupra naturii dreptului comparat, ca şi diversitatea scopurilor urmărite prin metoda comparativă au ajuns să facă această problemă mai confuză; este preţul plătit ca urmare a divergenţelor fundamentale constatate în materie de definire a dreptului comparat[159].

---

[155] *Koschaker* (**Recueil Lambert**) I, 280.

[156] *R. David*, **Traité**, 191 şi urm.; *Koschaker*, loc. cit.

[157] A se vedea **infra**, Nr. 116.

[158] *R. David*, loc. cit. şi **infra** Nr. 116.

[159] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 67.

Încă de la începutul secolului în curs, *Lambert*[160] făcea deosebire între *istoria comparată*, disciplină ştiinţifică şi speculativă având în vedere să descopere legile evoluţiei societăţii, şi *legislaţia comparată*, disciplină cu ţel practic hărăzită să desprindă, prin actul comparării, *dreptul comun legislativ*. Mai târziu, el avea să propună o împărţire tripartită făcând distincţie între *Descriptive Comparative Law*, *Comparative History of Law* şi *Comparative Legislation*, denumită şi *Comparative Jurisprudence*[161]. Dar această nouă împărţire nu prea clarifica mai mult lucrurile.

Câtva timp înainte de ultima distincţie făcută de *Lambert*, *Wigmore*[162] împărţea dreptul comparat în trei ramuri[163]: *Comparative Nomogenetic* al cărei scop este de a examina raporturile de naştere şi de dezvoltare ale diverselor ordini juridice. Această formă de comparare trebuie, prin numita *Comparative Legal Corporealogy*, să desprindă temeiurile sociale şi politice ale diferitelor ordini juridice, ceea ce ar îngădui ca acestea să fie grupate în familii juridice. A doua formă de comparare este aceea numită *Comparative Nomoscopy* care descrie ordinile juridice străine. La rândul său, *Comparative nomothetic* îşi propune să scoată la iveală meritele regulilor juridice comparate. Cele trei forme de comparare[164] pe care *Schnitzer*[165] le propune sunt în parte influenţate de *Wigmore*[166]. În aceeaşi perioadă cu *Wigmore*, *Rabel*[167] distingea nu trei forme, ci trei domenii parţiale (*Teilgebiete*) ale comparării. *Compararea dogmatică sau sistematică* nu este altceva decât compararea metodică a termenilor de comparat[168]. Al doilea domeniu este cel al *comparării istorice* al cărei scop este de a descoperi raporturile de înrudire între ordinile juridice, înrudiri ce pot fi explicate prin descendenţe comune, receptări sau evoluţii independente sau paralele. Al treilea domeniu

---

[160] A se vedea totuşi *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 36 şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76.

[161] *Lambert*, în **The Encyclopaedia of the Social Sciences**, IV (1931) 126.

[162] *Wigmore*, **A Panorama of the World's legal systems** (Saint Paul 1928) III, 1120 şi urm.

[163] Compr. *Gutteridge*, 21; *Schnitzer*, I, 111 şi urm.; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76.

[164] Ideografică (descriptivă); nomotetică (cauzală); teleologică (finalistă).

[165] *Schnitzer*, I, 115 şi urm.

[166] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76.

[167] *Rabel*, 2 şi urm.

[168] *Rabel*, 3 şi urm. menţionează cu acest prilej câteva reguli metodologice.

alcătuieşte un fel de *parte generală* (*allgemeiner Teil*) ce duce la filozofia dreptului, de care o separă o frontieră nehotărâtă[169].

Plecând de la obiectul şi de la forma expunerii comparative, *Kaden*[170] distinge trei forme de comparare. Prima, *compararea formală*, compară izvoarele dreptului ca şi tehnica legislativă a diverselor ordini juridice. A doua este *compararea dogmatică*, numită şi *sistematică*. Ea compară problemele şi instituţiile diverselor ordini juridice pentru a stabili diferenţele şi asemănările dintre ele[171]. Totuşi, forma aceasta de comparare ar trebui să se oprească la frontierele criticii, ale politicii juridice şi aprecierii soluţiilor obţinute (*Wertung der vergleichenden Regelungen*). A treia formă este *compararea istorică*, ce compară instituţiile juridice ale ordinilor juridice vechi în ceea ce priveşte evoluţia lor[172].

Schmitthoff[173] distinge între *The Comparison* şi *The Utilization*, înglobând în primul termen compararea abstractă, iar în al doilea aplicarea rezultatelor dobândite prin cel dintâi. În realitate, el nu distinge două forme de comparare, ci separă compararea propriu-zisă de aplicaţiile sale teoretice sau practice[174]. *Pound*[175] face o distincţie între *Comparative Law*, *Comparative Legislation* şi *Comparative Jurisprudence*. Punctul lor de finalizare este o filozofie juridică comparativă. Concepţia lui *Gutteridge* se apropie de aceea al lui *Schmitthoff*. *Gutteridge* distinge *dreptul comparat descriptiv* care diferă de *dreptul comparat aplicat* "deoarece se mărgineşte să analizeze divergenţele dintre ordinile juridice a două sau mai multe ţări şi n-are ca scop să rezolve o problemă oarecare, fie practică, fie teoretică şi abstractă"[176]. A doua formă este aceea a

---

[169] Doi ani mai târziu, păstrând diviziunea tripartită, el înlocuieşte al treilea domeniu prin compararea aplicată (angewandte Rechtsvergleichung). A se vedea *Rabel*, **Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung**, RabelsZ 1 (1927) 5 şi urm.

[170] *Kaden*, 16 şi urm.

[171] Această formă corespunde definiţiei pe care *Kaden* o dă metodei comparative ca şi a ceea ce noi înţelegem prin metodă comparativă.

[172] Raporturile istoriei juridice cu actul comparării au pus numeroase probleme îndeosebi la început şi pornind de la cea de-a doua perioadă (a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 46 şi urm.) când istoria comparativă a dreptului părea menită să reveleze legile evoluţiei dreptului. Pentru un rezumat scurt al acestor probleme a se vedea şi *Kaden*, 18 şi urm.

[173] *Schmitthoff*, 94 şi urm.

[174] A se vedea **infra**, Nr. 111, 112.

[175] *Roscoe Pound*, **What may we expect from Comparative Law**, ABAJ XXII (1936) 56 şi urm.

[176] *Gutteridge*, 25 şi urm.

dreptului comparat aplicat. În acest caz, metoda comparativă este folosită în vederea unui scop precis care poate fi de natură teoretică sau practică. *Gutteridge*[177] e de părere că diferenţa se află în faptul că această a doua formă de drept comparat urmăreşte să stabilească dacă diferenţele constatate sunt fundamentale şi să le precizeze cauzele. În realitate, *Gutteridge* săvârşeşte o greşeală, căci stabilirea diferenţelor şi asemănărilor precum şi a cauzelor lor face parte din însăşi metoda comparativă. Nu se poate concepe un studiu comparativ veritabil care s-ar limita să descrie dreptul străin fără a desprinde relaţiile existente între termenii de comparat şi fără a le preciza cauzele. *Erbe*[178] distinge *compararea sistematică* sau *dogmatică* de *istoria comparată a dreptului.* El afirmă că prima se concentrează asupra ordinilor juridice prezente, în timp ce a doua se interesează de ordinile juridice trecute. *Rheinstein*[179] face deosebire între *compararea sinoptică* şi *compararea funcţională*.

Arminjon-Nolde-Wolff[180] opun, în ce-i priveşte, *dreptul comparat dogmatic istoriei universale a dreptului*. *Gutzwiller*[181] reduce dreptul comparat la trei rădăcini: studiul dreptului străin, compararea instituţională şi metoda istorică. *Uyterhoeven*[182] deosebeşte trei *nivele* de comparare. Primul ar fi acela al cunoaşterii dreptului străin (*Auslandsrechtskunde*). Al doilea ar fi acela al comparării explicative sau descriptive (*erklärende oder beschreibende Rechtsvergleichung*). Această comparare ar fi în acelaşi timp o *comparare pură.* La al treilea nivel se află numita *praktische Rechtsvergleichung* a cărei finalitate ar fi să rezolve diverse probleme. Acest autor face în mod sigur o confuzie între nivelele şi formele comparării şi diversele faze ale procesului de comparare.

În opinia lui *Ficker*[183], compararea juridică poate să fie practicată sub "trei unghiuri metodologice diferite". În actul comparării făcute sub unghiul evoluţiei el grupează "toate ramurile dreptului comparat cu orientare istorică şi etnologică". Urmează apoi compararea juridică structurală ce are ca obiect compararea instituţională. A treia formă, compararea descriptivă, ar fi condus, după el, la metoda funcţională. De

---

[177] *Gutteridge*, 26.

[178] *Erbe*, 204.

[179] *Rheinstein*, **Teaching Comparative Law**, UoCLR 5 (1938) 615.

[180] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 28 şi urm.

[181] *Gutzwiller*, **Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht, Recueil de travaux suisses, IVe Congrès international de droit comparé** (Genève 1954) 23 şi urm.

[182] *Uyterhoeven*, **Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung** (Bern 1959) 57.

[183] *Ficker*, **L'état du droit comparé en Allemagne**, RIDC 1958, 712 şi urm.

asemenea în acest caz, trebuie să observăm că prima formă de comparare este precizată de domeniul cercetării comparative; a doua şi a treia de obiectul comparării, cu alte cuvinte de termenul de comparat ce poate fi instituţional sau funcţional.

La rândul său *Sandrock*, urmat de *von Hülsen*[184], distinge trei forme de comparare. Prima, determinată de caracterul său de filozofie juridică, este *compararea speculativă*[185]. Scopul şi metoda sunt determinate de problematica filozofică. A doua formă este aceea a *comparării civiliste* (*zivilistische Rechtsvergleichung*) ce cuprinde două categorii deosebite. Prima este aceea în care compararea se află pusă în slujba altei discipline autonome, ca de pildă dreptul internaţional privat sau dreptul internaţional. A doua categorie este aceea în care compararea urmăreşte scopuri practice. Aceste două categorii fac parte, după *Sandrock*, din *compararea aplicată*[186]. În sfârşit, a treia formă este aceea care vizează să înfăptuiască dezvoltarea dreptului civil ca atare, sau prin jurisprudenţă. Deşi ea are totodată şi un caracter practic, *Sandrock* o numeşte *compararea civilistă pură* (*reinzivilistische Rechtsvergleichung*)[187]. Toate aceste categorii sunt la fel de artificiale pe cât sunt de arbitrare. Pe de o parte, şi în toate cazurile, ele se limitează la dreptul civil, pe când compararea constituie o metodă generală aplicabilă la toate disciplinele juridice. Pe de altă parte, aceste forme de comparare sunt precizate de scopul urmărit ce ar determina forma metodei. În realitate, aceeaşi metodă poate atinge ţeluri foarte diferite[188].

Pornind de la scopul urmărit de fiecare dintre ele, *Loeber*[189] distinge cinci forme de comparare. Prima este *compararea descriptivă* care examinează aceeaşi problemă în mai multe ordini juridice. A doua este *compararea pură sau dogmatică* care îşi propune să desprindă cunoştinţe din domeniul istoriei şi filozofiei dreptului. A treia este *compararea aplicată (sau legislativă)*; a patra este *compararea contrastantă*. *Loeber*[190] adaugă o a cincea formă, *compararea ideologică*, veritabil instrument de luptă, specific comparării între ţările *socialiste* şi *capitaliste*.

---

[184] *v. Hülsen* (629) propune totuşi alte denumiri terminologice.

[185] *Sandrock*, 10, 12 şi urm. În ceea ce priveşte critica formelor de comparare propuse de *Sandrock*, a se vedea darea de seamă a lui *Drobnig*, RabelsZ 33 (1969) 378 şi urm.

[186] *Sandrock*, 10, 23 şi urm.

[187] *Sandrock*, 11, 30 şi urm.

[188] A se vedea **infra**, Nr. 111, 112.

[189] *Loeber*, 212 şi urm. A se vedea de asemenea *Müler-Römer*, **Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung zwischen beiden Teilen Deutschlands**, OstEuRe, 1969, 5 şi urm.

[190] *Loeber*, 217.

Nici aici chestiunea nu-i bine pusă în măsura în care formele comparării sunt precizate de scopurile urmărite.

De curând, *Marc Ancel* a afirmat, nu numai în titlul lucrării[191] în care el a reunit mai multe conferinţe ţinute la Neuchâtel, dar tot astfel şi în mai multe rânduri în cursul lucrării sale, că există mai multe metode comparative. Încă din prima pagină[192] autorul scrie: "vom constata de asemenea că această comparare ţine, *nu de o metodă unică*[193], cum a crezut mult timp doctrina comparatistă, ci de *mai multe metode posibile*[194], fiind vorba mai puţin de a determina cea mai bună metodă, cât de a fixa locul respectiv al fiecăreia dintre ele". Mai departe el precizează[195]: "un eminent comparatist, M. Gorla, a remarcat pe bună dreptate că fiecare categorie de probleme comparative reclamă o metodă corespunzătoare şi că folosirea acestei metode depinde în acelaşi timp de sursele de informare disponibile"[196]. Autorul leagă metodele de diferitele nivele de comparare. După el[197], "compararea, într-adevăr, poate să se situeze mai întâi la nivelul regulii de drept... în acest caz există mai puţin o comparare propriu-zisă decât o juxtapunere de reguli legale ale diferitelor legislaţii luate în considerare. Ne aflăm aici în stadiul informativ...": "Putem să ne situăm la alt nivel, care este cel al instituţiei... cu toate acestea este clar că doar acest statut legal ne informează cu totul insuficient asupra realităţii fenomenului juridic în consecinţa sa socială...". "În sfârşit, ne putem plasa la nivelul sistemului. Compararea este atunci mai complexă, însă în cele din urmă mai puţin primejdioasă sau mai puţin supusă greşelii...". Eminentul autor încheie[198]: "în ceea ce priveşte *utilizarea diferitelor metode de faţă*, putem observa îndată că fiecăruia dintre nivelele pe care noi le-am înfăţişat i se potriveşte în realitate o metodă diferită. S-ar cuveni totuşi să ne întrebăm de asemenea dacă, în afara acestor nivele determinate, nu există, pentru unele varietăţi de cercetare comparativă, metode de asemenea particulare". În sfârşit, autorul precizează că la

---

[191] *Marc Ancel*, **Utilité et méthodes du droit comparé** (Neuchâtel 1971).

[192] *Marc Ancel*, op. cit. 8. Aceeaşi idee este afirmată în mai multe rânduri în cursul lucrării (87, 88, 89, 95, etc.).

[193] Sublinierea noastră.

[194] Sublinierea noastră.

[195] *Marc Ancel*, op. cit., 95.

[196] Această ultimă afirmaţie trebuie înlăturată din capul locului. Într-adevăr, aplicarea corectă a metodei comparative nu depinde de sursele de informare *disponibile*, ci de sursele de informare *necesare*. Dacă, de pildă, un comparatist nu dispune decât de textul legii străine, el trebuie atunci, pur şi simplu, să renunţe la a mai face comparare.

[197] *Marc Ancel*, op. cit., 99.

[198] *Marc Ancel*, op. cit., 100.

nivelul regulii de drept, metoda "este înainte de toate *informativă* sau *descriptivă*". La nivelul sistemului, ea ar fi structurală; la nivelul instituţiei, ar fi tehnică; deseori, ea este funcţională.

Acest punct de vedere necesită mai multe rezerve. Pe de o parte, punctul său de plecare este contestabil; pe de altă parte, mai multe probleme ce trebuie separate sunt amestecate. Ideea, deja întâlnită, că ar exista mai multe *nivele* de comparare este discutabilă în măsura în care ea permite să se presupună că autorul comparării ar putea *să aleagă* între ele şi să se mulţumească numai cu unul. Dar o comparare redusă, de pildă, la primul nivel, la "nivelul regulii de drept", prin urmare mărginită la juxtapunerea numai a textelor legislative, este cu totul şi cu totul insuficientă. O aplicare corectă a metodei comparative necesită ca termenul de comparat să fie examinat în întregimea şi în complexitatea izvoarelor de drept străin[199], ceea ce este deja cu totul altceva, precum şi în cadrul ordinii sale juridice[200]. Orice examen comparativ care nu parcurge *în mod obligatoriu toate fazele* metodei comparative este neîndestulător şi ajunge neapărat la rezultate inexacte. Într-adevăr, metoda comparativă cuprinde trei stadii ce se înlănţuie pentru a alcătui o metodă unică. Desigur, metoda comparativă are caractere diferite, implicând acţiuni diverse, în funcţie de faze[201]. De aceea, nu pare exact să fie separate cele trei stadii, care intră în mod necesar în metoda comparativă unică, şi să se propună unul sau altul din stadii ca formând metoda comparativă. Aceasta ar însemna să se confunde una din părţi cu întregul. Într-adevăr, orice studiu comparativ trebuie, în mod obligatoriu, să străbată toate aceste stadii. În fine, acest punct de vedere confundă[202] probleme metodologice complet distincte, cum sunt, de exemplu, problema celor trei stadii ale metodei comparative; problema comparabilităţii termenilor de comparat[203] şi problema comparabilităţii ordinilor juridice[204].

Lista nu este completă. Alţi comparatişti, mai ales germani sau anglo-americani, au propus alte forme de comparare. Dar contribuţia lor n-a adus mai multă claritate[205]. De fapt, toate aceste distincţii şi forme (ramuri, nivele, domenii, rădăcini sau unghiuri) de comparare provin din diverse confuzii sau erori.

---

[199] A se vedea **infra**, Nr. 54 şi urm.

[200] A se vedea **infra**, Nr. 71 şi urm.

[201] A se vedea **infra**, Nr. 40 şi urm.

[202] *Marcel Ancel*, op. cit., 100.

[203] A se vedea **infra**, Nr. 15 şi urm.

[204] A se vedea **infra**, Nr. 31 şi urm.

[205] A se vedea, de exemplu, *Franck Rotter*, **Dogmatische und soziologische Rechtsvergleichung. Eine methodologische Analyse für die Ostrechtsforschung**, OstEuRe, 1970, 81 şi urm.

Prima, şi poate cea mai adesea comisă, este cea care confundă forma comparării cu domeniul de aplicare al metodei. Penalişti şi publicişti[206], civilişti, procesualişti[207] şi istorici ai dreptului au încercat să cerceteze dacă metoda comparativă prezenta particularităţi în funcţie de domeniile sale respective de aplicare. De fapt, tot ceea ce au spus intră - în principiu - în cadrul metodei comparative generale; particularităţile, acolo unde există, sunt secundare. Aplicarea metodei comparative la o disciplină juridică oarecare nu constituie o formă specifică de comparare. Este evident că în calitate de metodă, compararea poate fi aplicată la toate ramurile ştiinţei juridice. Totuşi, ar fi greşit să credem că diversele discipline juridice cărora li se aplică metoda comparativă constituie tot atâtea forme particulare pe care le poate îmbrăca metoda. Nu putem recunoaşte aplicării metodei comparative, făcute în diverse discipline juridice, o autonomie particulară[208]. Or, este exact ceea ce fac mai mulţi din autorii deja citaţi.

A doua greşeală este de a crede că metoda comparativă variază în funcţie de scopurile pe care ea le urmăreşte. Dacă scopurile pe care compararea le serveşte sunt diferite[209], metoda comparativă, ca instrument de cercetare, rămâne aceeaşi.

În sfârşit, a treia greşeală este de a confunda unele aspecte şi faze ale comparării cu forme specifice ale comparării. În prima fază, de exemplu[210], metoda este analitică şi descriptivă. În cea de-a treia fază ea este comparativă şi sintetică[211]. Aceasta nu înseamnă nicidecum că există o metodă comparativă descriptivă sau analitică opunându-se metodei comparative sintetice şi comparative. Fiecare din aceste stadii sau faze nu sunt decât părţi integrante ale întregului pe care îl alcătuieşte metoda comparativă care este totdeauna una şi aceeaşi.

14. UNITATEA METODEI COMPARATIVE ÎN ŞTIINŢA JURIDICĂ

În afara autorilor care au afirmat că există mai multe forme de comparare, mai sunt de asemenea autori care şi-au pus în mod special

---

[206] A se vedea, de exemplu, autorii citaţi **supra**, Nr. 2, nota 13.

[207] A se vedea, de exemplu, dificultăţile enumerate de *Rudolf Bruns* (32) şi, în ceea ce priveşte compararea cu dreptul englez, de *Vollkommer*, **Der materielle und formelle Begriff der freiwilligen Gerischtsbarkeit im englischen Recht. Eine prozessvergleichende Untersuchung** (Diss. München 1960).

[208] *Fontana*, 99. Bineînţeles, fiecare disciplină poate avea o parte comparativă. A se vedea **infra**, Nr. 117.

[209] A se vedea **infra**, Nr. 111.

[210] A se vedea **infra**, Nr. 40, 41 şi urm.

[211] A se vedea **infra**, Nr. 40, 87 şi urm.

problema de a şti dacă, în ştiinţa juridică, există o unitate sau o pluralitate de metode comparative. Cu toate acestea, examenul lor este superficial, iar răspunsurile sunt aluzive sau întâmplătoare. Critica deja făcută[212] va permite tratarea acestei chestiuni foarte pe scurt.

Metoda comparativă are o întrebuinţare generalizată[213]. Cu toate acestea, diversitatea ordinilor juridice, varietatea disciplinelor juridice, specificitatea unora din problemele lor şi mai cu seamă pluralitatea scopurilor pe care metoda comparativă le poate sluji sunt capabile să influenţeze, într-o măsură de altminteri redusă, procesul de comparare. Este posibil ca în funcţie de scopul urmărit, comparatistul să acorde mai multă importanţă unor anumite aspecte ale procesului metodologic decât altora. Cu toate acestea, ar fi o greşeală să se creadă că metoda comparativă, luată ca atare, depinde de scopurile urmărite, schimbându-se în funcţie de ele[214]. Concepţia care leagă metoda de scopul cercetării este eronată. Scopul cercetării comparative poate varia la fel ca şi domeniul în care ea este aplicată.

Metoda rămâne însă aceeaşi. Metoda comparativă este un instrument egal sieşi. În felul acesta, instrumentul nu poate să-şi schimbe structura ori de câte ori slujeşte un alt scop. Dacă aşa ar sta lucrurile, ar trebui să existe tot atâtea metode câte scopuri, prin urmare cel puţin zece. Astfel, comparatiştii care au afirmat unitatea metodei au avut dreptate. Metoda comparativă şi regulile sale sunt aceleaşi "în vederea oricăror scopuri am vrea să utilizăm această metodă"[215]. Metoda nu variază deci în funcţie de scopul urmărit.

---

[212] **Supra**, Nr. 13.

[213] *A. Weiss* (**Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil, Procès-verbaux**, I, 349) scria: "Aşadar, nu există disciplină juridică în stare să scape influenţei legislaţiei comparate; ea le pătrunde, ea le dă viaţă tuturor...". A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 111, 112, 117.

[214] *Balogh*, (**Lévy-Ullmann, Vice-Président de l'Académie internationale de droit comparé, L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann**, Paris 1955, 122) scrie: "Deoarece nu există un scop unic, ci mai multe scopuri posibile ce pot fi urmărite prin comparare, deoarece scopul determină metoda şi obiectul, se poate tot astfel spune că nu există o singură ci o pluralitate de discipline de drept comparat". *Strebel*, 406 adaugă: "Stellt man die verschiedenerlei denkbaren Zwecke der Vergleichung nebeneinander, so ergibt sich fast zwangsläufig, dass wahrscheinlich die Methode der Vergleichung selbst mit dem verfolgten Zweck variiert". *Bernhardt* (443, 446) pare de asemenea să lege metoda de scopuri, ceea ce ar duce la o pluralitate de metode. A se vedea de asemenea *v. Rauchhaupt*, "zwangsläufig, dass warhscheinlich die Methode der Vergleichung selbst mit dem Zweck, der im Einzelfall verfolgt wird...".

[215] *David*, **Traité**, 9. *Gutteridge* (28) se pronunţă pentru unitatea metodei comparative. El se contrazice totuşi la pagina 102 afirmând că este vast câmpul comparării şi că "tehnica de folosit nu poate fi totdeauna aceeaşi".

Alţi autori au afirmat că metoda comparativă variază în funcţie de disciplinele juridice. Ideea aceasta este inerentă şi gândirii autorilor ce cred în existenţa mai multor forme de comparare[216]. Cu toate acestea, este inexact să ne închipuim că varietăţii de discipline juridice îi corespunde o varietate de metode comparative, după cum inexact este să ne imaginăm că există o metodă comparativă pentru dreptul civil[217] care ar fi diferită de cea a dreptului administrativ[218], a dreptului procesual, etc... Aceasta ar duce la concluzia că există tot atâtea metode comparative câte discipline juridice[219]. În realitate, oricare ar fi scopul sau disciplina în care metoda comparativă este aplicată, demersul raţional care o

---

[216] A se vedea **supra**, Nr. 13.

[217] Printre autorii citaţi (**supra**, Nr. 13), a se vedea îndeosebi *Sandrock*, 10. *Compararea civilistă* de care el vorbeşte este rezultatul confuziei pe care o face între metoda ca instrument de cercetare, care este unică, şi funcţiile pe care metoda le poate avea, funcţii ce sunt numeroase. De altminteri, nu există *comparare juridică civilistă* ci o metodă comparativă aplicată domeniului dreptului civil. Metoda rămâne totdeauna aceeaşi; ce se schimbă este domeniul în care ea se aplică, precum şi scopul în vederea căruia este folosită.

[218] În cursul său de doctorat ţinut la Universitatea din Paris în 1954-1955, *Rivero* (**Cours de droit administratif comparé**) examinează problema Sistemelor juridice în dreptul administrativ. Autorul se întreabă dacă ordinile juridice pot fi grupate în Sisteme pe baza dreptului administrativ, în acelaşi mod în care cercetătorii de drept privat au făcut-o pe baza dreptului civil. El desprinde existenţa a trei Sisteme care sunt aceleaşi ca cele elaborate de *René David*. Personal, eu cred că voinţa de a desprinde Sistemele juridice pe baza unor anumite discipline şi *unor anumite părţi* ale ordinilor juridice este eronată. Chestiunea va fi examinată în cel de-al treilea volum. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 22. Cu toate acestea, din punct de vedere metodologic, cursul profesorului *Rivero* este interesant, şi aceasta nu numai fiindcă el era primul în domeniul său. În ceea ce priveşte metoda comparativă în dreptul administrativ, el nu dă la iveală nimic deosebit, deşi în Introducere (p. 18 şi urm.) tratează despre "datele particulare ale metodei comparative aplicate dreptului administrativ". În cele două pagini de concluzie "privind metoda comparativă", autorul subliniază doar câteva dificultăţi de natură practică.

[219] Metoda comparativă folosită mai întâi de cercetătorii dreptului civil a fost foarte mult timp apanajul lor. (*Kaiser*, 402; *Bernhardt*, 431). Dar după cum s-a mai arătat (*Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 61, 62, 63) şi alte discipline, ca dreptul penal şi dreptul public, şi-au însuşit metoda, aplicând-o cu succes. Interesul pentru comparare în dreptul constituţional a fost totdeauna foarte mare. Chiar înaintea ultimului război, cursurile de drept constituţional comparat aparţinând profesorului *Gidel* de la Facultatea de drept din Paris se bucuraseră de un mare renume. Ele s-au multiplicat după război. A se vedea de exemplu: *Manuel Garcia-Pelayo*, **Derecho Constitucional comparado** (Madrid, ed. a 6-a, 1961); *Paolo Biscaretti di Ruffia*, **Eléments de droit constitutionnel comparé européen** (Torino, 1956) şi mai ales **Introduzione al diritto costituzionale** (Milano, ed. a 9-a, 1972).

alcătuieşte rămâne acelaşi[220]. De altminteri, nici un argument sau nici o explicaţie serioasă n-au fost oferite pentru a justifica existenţa unei multitudini de metode comparative, corespunzând multitudinii disciplinelor juridice. Bineînţeles, cunoştinţele dobândite prin metoda comparativă în indiferent care disciplină pot fi atât de interesante încât ajungem să le grupăm într-o parte specială a acestei discipline[221].

[220] În acest sens *David*, **Traité**, 9; *Gutteridge*, 28; *Langrod*, **Réflexions**, 363.
[221] A se vedea **infra**, Nr. 117.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II

COMPARABILITATEA TERMENILOR DE COMPARAT

15. DUBLUL PLAN PE CARE ACȚIONEAZĂ COMPARABILITATEA ÎN DREPTUL COMPARAT

Problema comparabilităţii se analizează în dreptul comparat pe două planuri diferite. în fiecare, comparabilitatea se referă la alte elemente. Aşadar este important de văzut care sunt aceste elemente şi planuri[1].

Primul plan este cel al elementelor sau obiectelor ce sunt comparate şi care aparţin unor ordini juridice diferite. în acest caz, se poate vorbi de termeni de comparat[2], ce înglobează particulele juridice elementare, cu alte cuvinte regulile, instituţiile juridice, funcţiile sau problemele juridice care sunt comparate. Al doilea plan este cel al ordinilor juridice cărora le aparţin textele de comparat, puse faţă în faţă prin însuşi faptul comparării. Problemele pe care comparabilitatea le pune pe fiecare din aceste planuri sunt deosebite.

Spre a desluşi mai bine aceste categorii de probleme, trebuie să vorbim în primul caz despre comparabilitatea termenilor de comparat, iar în al doilea caz despre comparabilitatea ordinilor juridice. Un capitol va fi consacrat fiecăreia din aceste probleme.

---

[1] Deseori autorii le confundă. Ei încep prin a vrea să precizeze comparabilitatea termenilor de comparat şi se ocupă de fapt de comparabilitatea ordinilor juridice. Ca exemple ale acestei confuzii: *Kaiser*, 396; *v. Rauchhaupt*, 152.

[2] Pentru analiza noţiunii de termeni de comparat şi de comparabilitate a acestora în ştiinţa juridică, a se vedea **infra**, Nr. 18 şi urm.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Secțiunea I

TERMENII DE COMPARAT ÎN ALTE ŞTIINȚE COMPARATIVE

16. VARIABILITATEA TERMENILOR DE COMPARAT ÎN RAPORT CU ŞTIINȚELE ŞI DISCIPLINELE

Nu trebuie comparate decât lucruri comparabile[3]. Încă romanii ziceau *similia similibus*. Regula este rezonabilă cu condiţia ca să se poată preciza în ce constă comparabilitatea în domeniul juridic.

Compararea constă în faptul de a apropia şi de a confrunta în chip sistematic două sau mai multe obiecte sau termeni de comparat. Dar ce trebuie înţeles prin termeni de comparat? Noţiunea de termen de comparat, ca obiect de comparare, prezintă un conţinut variabil şi contururi imprecise în funcţie de ştiinţa şi de planul pe care se face compararea[4]. În unele ştiinţe, termenii de comparat constituie elemente precise şi clar delimitate unul de altul. E cazul ştiinţelor naturale. Dimpotrivă, în ştiinţele socio-istorice, termenii de comparat pot merge de la idei mai mult sau mai puţin vagi, ca în morfologia comparată a culturilor sau în literatura comparată, la noţiuni precis conturate, ca în lingvistica comparată. De aceea este important de precizat ce se înţelege, în dreptul comparat, prin comparabilitatea termenilor de comparat[5]. Exemplul altor ştiinţe ne va îngădui să înţelegem mai bine întinderea şi dificultăţile acestei probleme în dreptul comparat.

---

[3] *Koschaker*, **Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern? Festschrift für Hirt** (Heidelberg, 1936) I, 149.

[4] Obiectele, noţiunile, faptele, instituţiile, reprezentările, cazurile, problemele sau fenomenele care fac parte din două ansambluri mai vaste: corp, ordine juridică, civilizaţie, limbă, religie, societate, etc., sunt cele comparate. Termenii de comparat trebuie să aibă elemente comune.

[5] Însăşi expresia este nouă şi, într-un anumit fel, neacreditată. *Pollock* (**The History**, 86) întrebuinţa deja expresia de *terms to be compared*. *v. Rauchhaupt* (149) vorbeşte de *Vergleichsobjekte*. *Schlesinger* (**The Common Core**, 73) vorbeşte de *units of discussion* care pot fi faptele unei singure afaceri sau ale unui *case*. *Eörsi* (**Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine civil**, RIDC 1966, 398) foloseşte termenul de *unité de comparaison*, formulă ce lasă să apară termenii de comparat drept ceva având o existenţă structurală şi instituţională. în consecinţă, funcţiile similare ale unor instituţii diferite, nealcătuind nişte *unităţi*, nu ar îndreptăţi compararea. Ar fi o concepţie greşită; compararea funcţională este nu numai posibilă, dar şi foarte utilă. Din aceste motive, eu prefer expresia de "termen de comparat". Pentru conţinutul expresiei *unité de comparaison* a se vedea **infra**, Nr. 22 şi urm.

17. TERMENII DE COMPARAT ÎN DIVERSE ŞTIINŢE ŞI DISCIPLINE[6]

Cu siguranţă că uşurinţa şi precizia cu care termenii de comparat au putut fi definiţi în ştiinţele naturale au contribuit mult la marele avânt al studiilor lor comparate[7].

Progresele rapide ale anatomiei comparate[8] se datorează în mare parte simplităţii cu care obiectul de comparat a putut fi stabilit. Oricare ar fi putut fi discuţiile[9] referitoare la noţiuni ca *omologie* şi *analogie*, termenii de comparat nu pun vreo problemă deosebită în anatomia comparată. Ei sunt precizaţi în mod structural sau funcţional. Compararea apropie organe omoloage la diverse animale sau funcţii asemănătoare exercitate de organe diferite.

Deşi mai complexă, problema termenilor de comparat a fost pusă, până la un anumit moment dat, de-o manieră relativ sigură în lingvistica comparată care are, din acest punct de vedere, situaţia cea mai favorabilă printre ştiinţele socio-istorice. Fermitatea termenilor de comparat, care pot fi cuvinte, elemente de gramatică, cum ar fi de exemplu sistemul conjugărilor[10], sintaxa sau toată gramatica, au contribuit mult la succesul lingvisticii comparate la începuturile ei, atunci când, prin

---

[6] Pentru influenţa pe care compararea aplicată la alte ştiinţe a avut-o asupra dreptului, a se vedea *Bevilaqua*, 20 şi urm.

[7] De când *Pierre Belon* a comparat în 1555 scheletul unui om cu cel al unei păsări şi a stabilit asemănări, amintindu-l şi pe *Swammerdam* care a examinat în mod comparativ anatomia şi morfologia insectelor, s-a încercat în continuare să se precizeze îndeosebi identitatea organelor la diverse animale. în 1744 *Monro* (*Primus*) a publicat al său "**Essay on comparative Anatomy**", o operă care, în ciuda defectelor sale, a făcut epocă. Cu *Cuvier* anatomia comparată îşi schimbă complet cadrul şi conţinutul. Ea nu mai examinează în chip exclusiv asemănările dintre organele feluritelor animale şi cele ale omului; ea compară de asemenea animalele între ele şi examinează diversele schimbări în evoluţia vieţuitoarelor. Cauzele acestor schimbări au constituit următorul său obiect de studiu. Astfel, anatomia comparată a pus bazele teoriei evoluţiei prin lucrările lui *Lamarck, Geoffroy Saint-Hilaire* şi *Darwin*.

[8] Încă din 1843, *Richard Owen* (**Lectures on the comparative Anatomy and Physiology of the invertebrate Animals**, London 1843) definea omologia ca fiind "the same organ in different animals under every variety of form and function". După acelaşi autor, analogia este "a part or organ in one animal which has the same function as another part or organ in a different animal". A se vedea şi *Langrod*, **Réflexions**, 357.

[9] *Franz Bopp*, **Vergleichende Grammatik** (Berlin 1833; ed. a 3-a, Berlin 1868-1871) care întemeiază gramatica comparată.

[10] Pentru evoluţia şi succesul metodei comparative în diferitele ştiinţe şi mai ales în ştiinţele sociale în timpul secolului al XIX-lea, a se vedea *Rothacker*, **Logik und Systematik**, 92 şi urm.

studiul genealogic al limbilor indo-europene, ea dorea să reconstituie limba comună originară. De altfel, *Bopp* descoperise gramatica comparată tocmai căutând originea limbilor indo-europene. în acea epocă, erau pionieri care considerau lingvistica drept o ştiinţă naturală[11]. întâietatea acordată în secolul trecut problemelor genetice, combinată cu problema evoluţiei, făcuse cu putinţă să se rezolve problema diversităţii tipurilor morfologice constatate, integrându-le în stadii evolutive. Totuşi, această abordare genealogică privind înrudirea limbilor avea defectul de a fi făcută într-un mod prematur şi pur şi simplu speculativ; ea a asigurat primele succese ale metodei istorice comparate. Spre sfârşitul secolului trecut, în timp ce gramatica comparată servea mai ales la studierea evoluţiei continue a limbilor, lingvistica[12] îşi schimba centrul de interes şi devenea lingvistica istorică. Termenii de comparat erau totuşi aceiaşi. Mai târziu, şi mai ales cu *Saussure*, lingvistica tinde spre studiul funcţionării limbii. Lingvistica istorică devenea astfel secundară prin raportare la lingvistica descriptivă. O generaţie mai târziu, cu *Troubetzkoi*, se naşte fonologia care dă o altă orientare lingvisticii. în sfârşit, după cel de-al doilea război mondial, ştiinţe sociale ca etnologia, sociologia şi ştiinţele umaniste, ca psihologia sau psihanaliza şi chiar filozofia, descoperă această lingvistică funcţională şi structurală. Din cauza dezvoltării sale impetuoase şi dezordonate, solicitată simultan de atâtea curente diferite, *unitatea de monolit*[13] a lingvisticii tinde să se fărâmiţeze "până la babelism". Trebuie deci să aşteptăm şi să vedem ce va rămâne din coerenţa şi evidenţa termenilor de comparat după această nouă turnantă.

Totuşi, în celelalte ştiinţe socio-istorice, dificultăţile de a preciza termenii de comparat sunt infinit mai mari. Să evocăm, ca penultim exemplu, literatura comparată.

Începuturile oficiale ale cercetării comparative în literatură datează din 1886, când *M.H. Posnett* publica a sa *Comparative Literature* şi

---

[11] Fascinaţia exercitată de teoria evoluţiei, pe atunci ultima mare cucerire a ştiinţei, era atât de mare încât numeroase discipline şi ştiinţe socio-istorice se gândeau sau încercau pe această cale ocolită să fie ştiinţe naturale. A se vedea *Schleicher*, **Die darwinische Theorie und die Sprachwissenschaft** (Weimar 1873) 6 şi urm. Către 1880, datorită şcolii neogramaticienilor iluzia aceasta este spulberată. *Hermann Paul* îşi începe Tratatul său de lingvistică (**Prinzipien der Sprachgeschichte**, Halle 1880) afirmând că lingvistica nu face parte din ştiinţele naturale, ci "ca şi celelalte produse ale civilizaţiei omeneşti ... este o ştiinţă istorică".

[12] Rolul lingviştilor germani a fost predominant pe tot parcursul secolului XIX. Totuşi, nu trebuie să uităm aportul ulterior al lui *Meillet* şi mai ales al lucrării sale "**Introduction à l'étude comparative des langues indo-européennes**" (Paris, ed. a 6-a, 1924).

[13] *Georges Mounin*, **Clefs pour la Linguistique** (Paris 1968) 38.

Eduard Rod preda la Geneva un curs de istorie comparată a literaturii. Un an mai târziu, *Max Koch* publica în Germania revista sa de *Istorie comparată a literaturii*[14]. De atunci, cercetările n-au încetat să se multiplice[15]. Totuşi, o mare confuzie continuă să domnească în ceea ce priveşte obiectul acestei discipline[16]. înţeleasă ca o istorie a relaţiilor literare internaţionale sau ca o istorie comparată[17] sau ca o literatură comparată[18], ea îşi propune să studieze întotdeauna altceva[19]: schimburile de teme, de subiecte, de idei, de genuri, de sentimente, de cărţi şi de autori pe care literaturile naţionale au putut să le facă între ele. Pentru alţii, obiectul acestei discipline este de a studia influenţa unui anumit fenomen literar asupra mai multor literaturi; diversele forme căpătate de unele curente spirituale în diferite literaturi. Pentru *Van Tieghem*, "obiectul literaturii comparate este esenţialmente de a studia operele diverselor literaturi în raporturile lor unele cu altele"[20].

După cum se vede, varietatea soluţiilor propuse exclude orice şansă de acord asupra unuia sau mai multor obiecte fundamentale. Pe de altă parte, cum să definim oare aceste noţiuni? Care sunt formele pe care influenţele, mişcările de idei şi sentimentele le pot lua? Dificultatea, pentru literatura comparată, de a-şi preciza domeniul şi obiectul ca disciplină autonomă se datorează îndeosebi imposibilităţii de a defini cu precizie termenii de comparat. Deoarece literatura comparată se află în neputinţa de a o face, ea trebuie să se mulţumească să rămână în mod esenţial o analiză a feluritelor forme de schimburi şi de legături între literaturile naţionale.

În ceea ce priveşte istoria comparată a religiilor, dificultăţile încep chiar în momentul în care ea încearcă să-şi delimiteze domeniul. Acea *Religionswissenschaft* constituie o noţiune al cărei cuprins nu coincide exact cu cel indicat de traducerea franceză de *science des religions*. Ea

---

[14] Zeitschrift für vergleichende Literaturgeschichte und Renaissanceliteratur (1887/1888-1910).

[15] *F. Baldensprenger* şi *W.P. Friederich* (**Bibliography of Comparative Literature**, Chapel Hill 1950) citează 33 000 de titluri de lucrări. La această dată, această disciplină era predată în Franţa la Sorbona şi în 10 universităţi din provincie. Actualmente, ea este predată în aproape toate universităţile franceze.

[16] Un număr special al *Revue des littératures comparées* (1953, ianuarie-martie) expune diversele concepţii naţionale asupra comparatismului. Adde *R. Etiemble*, **Littérature comparée ou comparaison n'est pas raison**, Annales de l'Université de Paris, 1957, 169.

[17] *Kindermann - Dietrich*, **Lexikon der Weltliteratur** (ed. a 3-a, 1951) o expune sub cuvântul *Vergleichende Literaturgeschichte.*

[18] *P. van Tieghem*, **La littérature comparée** (ed. a 3-a, 1946) 20.

[19] A se vedea diferenţele dintre concepţiile celor doi autori citaţi înainte.

[20] *P. van Tieghem*, loc. cit., 57.

cuprinde un domeniu larg, înglobând diverse părţi dintre care principalele sunt istoria religiilor, religiile comparate, psihologia şi sociologia religiilor. în ochii altora, istoria religiilor, ce nu se poate mărgini la examinarea unei singure religii, se confundă neapărat cu aşa zisa *Comparative Religion*; "amândouă conţin *studiul integral al realităţilor religioase*, fie că e vorba de *manifestări istorice* ale indiferent cărui tip de *religie* (tribală, etnică, supranaţională) sau de *structuri specifice* ale vieţii religioase (forme divine, concepţii despre suflet, mituri, ritualuri etc.; instituţii, etc.; tipologie a experienţelor religioase, etc.)"[21].

Cei mai însemnaţi istorici ai religiilor îşi consideră disciplina ca pe o *ştiinţă completă.* Este cazul celor ce s-au silit să-şi conceapă disciplina ca pe una autonomă, întemeiată pe baze ştiinţifice, adică având fundamente istorice valabile. Totodată, istoria religiilor nu este o simplă disciplină istorică şi este de înţeles reproşul pe care *Eliade*[22] îl aduce istoricilor religiei de a nu fi examinat hermeneutica şi de a nu fi valorificat, din punct de vedere cultural, rezultatele dobândite.

în ce priveşte alte ştiinţe sau discipline socio-istorice ca etnologia comparată, sociologia comparată, ştiinţa comparată a civilizaţiilor sau morfologia comparată a civilizaţiilor, dificultăţile în acest domeniu sunt de diferite intensităţi. ştiinţele acestea nu se află nici într-o situaţie la fel de avantajoasă ca cea a lingvisticii comparate, nici atât de defavorizate ca literatura comparată. Totuşi, una din dificultăţile lor fundamentale este tocmai aceea de a preciza cu toată certitudinea ştiinţifică necesară termenii de comparat; dificultate care, după cum se vede, nu este specifică ştiinţei juridice.

Secţiunea a II-a

COMPARABILITATEA ÎN ŞTIINŢA JURIDICĂ

18. COMPARABILITATEA ÎN CONCEPŢIA UNIVERSALISTĂ

Problema comparabilităţii[23] termenilor de comparat în domeniul juridic a fost mult timp adumbrită de perspectiva universalistă[24], în care se

[21] *Eliade*, **La nostalgie des origines** (Paris, 1971) 117, nota 1. Sublinierea ne aparţine.

[22] *Eliade*, 124.

[23] După cum remarcă *W.J. Wagner* (**Formation of Contracts**, I, 312, nota 5), deşi termenul de "comparabilitate" este folosit zi de zi de comparatişti, lipseşte o analiză valabilă a acestei probleme!

[24] *Gutteridge*, 23 şi urm.

scăldau dreptul şi compararea juridică la începuturile lor. Perspectiva aceasta falsă era rezultatul mai multor curente, şcoli şi tendinţe. Prin raţionamente şi căi diferite, ele s-au îndreptat toate către acelaşi punct de întâlnire. întemeiată pe unitatea genului omenesc, pe succesiunea uniliniară a stadiilor de evoluţie proprie etnologiei juridice, hrănită, în parte, de reminiscenţele şcolii dreptului natural, şi, în ciuda criticilor, şi de o oarecare supravieţuire a acelei *Begriffsjurisprudenz*, concepţia aceasta accepta încă existenţa unui drept general, dacă nu ideal, în orice caz universal valabil[25]. Mai cu seamă concepţia admitea existenţa unei arhetipologii universale, înglobând instituţiile juridice ce se găsesc în toate ordinile juridice. Era una din principalele moşteniri lăsate dreptului comparat de către etnologia juridică. încă de la începuturile sale nesigure, dreptul comparat, dominat de această concepţie, nu a sesizat adevărata individualitate şi caracterul specific al ordinilor juridice. Ideea era mai curând că ordinile juridice reflectau o unitate funciară rezultând dintr-o arhetipologie instituţională. Chiar dacă se deosebeau prin thehnica lor, sau în amănuntele lor, ordinile juridice nu se opuneau în ceea ce priveşte conceptele lor, instituţiile, noţiunile şi categoriile lor fundamentale. Dreptul natural, pe de o parte, acea *Begriffsjurispudenz*[26] pe de altă parte, acreditaseră ideea că toate conceptele juridice fundamentale, noţiunile de bază şi principalele instituţii juridice se vor regăsi în mod necesar în toate ordinile juridice. Aceste concepţii confirmau astfel, privitor la ordinile juridice actuale, ceea ce etnologia juridică afirmase pentru ordinile juridice trecute. Identitatea instituţională era aşadar reflectarea unităţii caracterizând natura omenească şi care făcea ca ordinile de drept, ca şi civilizaţiile de altminteri, să evolueze în aceeaşi direcţie şi să treacă în mod necesar prin aceleaşi stadii.

---

[25] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 51, 52.

[26] Aceasta explică într-o oarecare măsură reproşul făcut de juriştii Sistemului *socialist* (de exemplu *Eörsi*, 401) conform căruia "abordarea" noastră comparativă este caracterizată prin *conceptualism* şi *instituţionalism*, ducând la primejdia fomalismului. Pe bună dreptate, juriştii Sistemului *socialist* stăruie asupra distincţiei dintre formă şi conţinut (de exemplu: *Zivs*, citat de *Lyon-Caen*, 78; *Posch* şi *Petev*, 88 şi urm.; *Eörsi*, 401; precum şi autorii citaţi de *Loeber*, **Der Vertrag**, 40 şi urm.) şi afirmă că o comparare ce se limitează la a constata asemănări exterioare între instituţiile juridice duce la rezultate false. În realitate, reproşul trebuie să vizeze mai puţin metoda comparativă decât proasta ei folosire. Dacă nu are în vedere toate aspectele termenului de comparat, mai ales aspectul funcţional, şi dacă nu ţine seama de elementele determinante, orice comparare este o proastă comparare. A se vedea **infra**, Nr. 28.

19. COMPARAREA INSTITUȚIONALĂ ÎN CONCEPȚIA BAZATĂ PE O ARHETIPOLOGIE INSTITUȚIONALĂ UNIVERSALĂ

În această perspectivă era aproape natural ca dreptul comparat să-şi caute în tipologia instituţională temeiul său cel mai puternic pentru termenii de comparat. Elementul comun ce trebuie să caracterizeze termenii de comparat rezulta aici din unitatea lor instituţională. Totuşi, în perspectiva aceasta, paralelismul termenilor de comparat nu punea nici o problemă. într-adevăr, instituţiile juridice erau variante ale unei arhetipologii instituţionale universale pe care diversele ordini juridice nu făceau decât să le reia şi să le repete în forme puţin modificate. Pentru pionierii dreptului comparat, instituţiile juridice reprezentau deci nişte categorii-tip proprii tuturor ordinilor juridice şi tuturor timpurilor. Pentru ei, problema paralelismului termenilor de comparat era rezolvată înainte de a fi pusă. "Compararea se reducea aproape la un proces mecanic, deoarece comparatistul nu avea decât să ia aceeaşi instituţie şi să compare modul în care ea era reglementată în diversele ordini juridice"[27].

Bineînţeles, o oarecare unitate arhetipologică a instituţiilor juridice există, îndeosebi la un grad înalt de abstracţie şi de generalitate. Ea este întărită de tendinţe inerente naturii umane şi de unele constante ale vieţii sociale, exprimându-se prin instituţii tip. Mai mult, revoluţia industrială a adus o oarecare uniformizare a structurilor sociale, economice şi industriale ce se exprimă de asemenea prin instituţii juridice asemănătoare[28]. împrumuturile şi receptările[29] sunt urmările, pe planul juridic, ale civilizaţiei expansioniste şi mecanice spre care lumea modernă se îndreaptă.

Desigur, dacă descompunem ordinile juridice într-un ansamblu de instituţii ca, de exemplu, logodna, căsătoria, divorţul, raporturile juridice între soţi, filiaţia, contractul, răspunderea delictuală, îmbogăţirea fără justă cauză, posesia, proprietatea, testamentul, succesiunea *ab intestat*, etc..., suntem obligaţi să constatăm că în calitate de noţiuni generale acestea se regăsesc în majoritatea ordinilor juridice. Dar aceste categorii generale pot avea conţinuturi foarte diferite şi funcţii total divergente. Unitatea lor, adesea aparentă, răspunde unor nevoi didactice sau de sistematizare. O cunoaştere mai aprofundată, deci mai exactă, a ordinilor juridice a condus dreptul comparat la abandonarea iluziei structurilor juridice

---

[27] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 1.

[28] A se vedea **infra**, Nr. 116.

[29] A se vedea **infra**, Nr. 127.

fundamentate pe o arhetipologie universală. Paralelismul instituţional[30] nu există decât la un mare grad de generalizare şi de abstracţie. Când metoda comparativă împinge analiza în adâncime ea constată că paralelismul instituţional este adesea numai de natură formală[31]. Cu această iluzie, compararea a pierdut baza sa cea mai sigură. Bineînţeles, "compararea prin instituţie este totdeauna posibilă acolo unde există un paralelism instituţional foarte accentuat. Cel mai adesea acesta este cazul ordinilor juridice aparţinând aceluiaşi Sistem, şi, în interiorul aceluiaşi Sistem, aceleiaşi familii. în schimb, tocmai în cazul unor ordini juridice atât de apropiate uşurinţa comparării se plăteşte cu interesul scăzut pentru dreptul comparat al rezultatelor obţinute[32]. Dimpotrivă, interesul comparării se măreşte pe măsură ce comparatistul face să intre în câmpul său de investigaţie ordini juridice îndepărtate"[33], prin urmare, pe măsură ce el pune faţă în faţă ordini juridice aparţinând unor Sisteme diferite. Totuşi, cu cât ordinile juridice sunt diferite, cu atât mai puţin paralelismul instituţional al termenilor de comparat este asigurat. Studiile de drept comparat ce pun faţă în faţă ordini juridice îndepărtate au dovedit tocmai că tipologia aceasta instituţională este foarte relativă[34] în timp şi în spaţiu[35]. La aceasta se adaugă faptul esenţial că unitatea formală rezultând din existenţa unei instituţii juridice comune este anulată de o deosebire de substanţă şi de funcţie[36]. Este deseori

---

[30] A se vedea **infra**, Nr. 23.

[31] Adesea paralelismul instituţional sau formal nu va oferi decât o comparabilitate aparentă, inaptă să furnizeze o bază reală de comparare. Astfel, de exemplu, dreptul englez al proprietăţii imobiliare, încărcat de reminiscenţele unei evoluţii proprii şi profund influenţat de elemente feudale, a ajuns la noţiuni, diviziuni şi clasificări cel mai adesea fără echivalent cu formele proprietăţii imobiliare ale Sistemului european. Uneori, elementele determinante modifică puternic substanţa instituţiilor juridice care, în mai multe ordini juridice, sunt aparent aceleaşi. Este, de exemplu, cazul proprietăţii în Sistemul european şi socialist. A se vedea, în acest sens, *Eörsi*, 403 şi urm. Este adesea cazul instituţiilor juridice din Sistemul *socialist*. A se vedea **infra**, Nr. 23 şi 39.

[32] *Kaiser* (397) afirmă contrariul, însă argumentele sale nu sunt convingătoare. Gradul de înrudire între ordinile juridice nu mai are nevoie să fie dovedit dacă se admite că aceasta este stabilită de asemănarea elementelor determinante. Pe de altă parte, nu este limpede dacă elaborarea *tipurilor* de care el vorbeşte se referă la tipurile ideale, ceea ce pune o altă problemă. A se vedea **infra**, Nr. 118 c.

[33] *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit.

[34] *Kaiser*, 396.

[35] Înseamnă să dai dovadă de un optimism robust ca să continui să afirmi, cum face *Hessel Yntema* (**Comparative Legal Research**, MichLR, 1956, 903), că: "while techniques may vary, the problems of justice are basicaly the same in time and space through the world".

[36] A se vedea **infra**, Nr. 23, 27 şi urm. Este ceea ce autorii *socialişti* afirmă cu tărie şi pe bună dreptate.

cazul instituţiilor juridice aparţinând unor Sisteme juridice foarte diferite, ca de pildă Sistemele anglo-american, european şi *socialist*.

Secțiunea a III-a

PROBLEME ŞI INCERTITUDINI ALE ELEMENTELOR COMUNE

20. ABSENȚA COMPARABILITĂȚII ŞI COMPARABILITATEA EVIDENTĂ

Este evident că în principiu, cel puţin, se poate compara orice cu orice. Dar este la fel de evident că nu trebuie să ne mirăm de lipsa de înţeles sau de absurditatea rezultatelor dobândite printr-o asemenea comparare. Unele apropieri comparative sunt deşarte sau absurde, fiindcă nici un element comun nu leagă[37] obiectele comparate, şi fiindcă nu le justifică nici o raţiune[38]. A compara, de pildă, drepturile succesorale ale soţului supravieţuitor în dreptul elveţian cu drepturile succesorale ale copilului din afara căsătoriei în dreptul german este lipsit de orice sens. Compararea este absurdă pentru că se compară lucruri care, în ele însele, nu sunt comparabile. Comparabilitatea, rezultând din faptul că cei doi termeni de comparat se referă la drepturile succesorale, nu este decât aparentă. Ea nici nu există deoarece în cazul primului termen de comparat drepturile succesorale sunt cele ale soţului supravieţuitor, iar în al doilea caz cele ale copilului din afara căsătoriei. Datorită acestui lucru, în ciuda comparabilităţii aparente, nu există în realitate între cei doi termeni de comparat nici un paralelism, căci nu îi leagă nici un element comun sau vreo echivalenţă.

Dimpotrivă, prin evidenţa lor, alte comparări se impun. Paralelismul este sigur, iar compararea îndreptăţită, atunci când *elementele comune ce leagă termenii de comparat* nu dau loc îndoielii. Aceasta se întâmplă atunci când două ordini juridice cunosc o instituţie juridică având aceeaşi structură şi funcţie.

Comparatistul trebuie să opereze o triere în masa de particule juridice elementare ce compun orice ordine juridică. Particulele juridice

---

[37] A se vedea în acest sens *Salomon*, 35. A se vedea şi exemplele de comparare absurdă pe care el le dă (28).

[38] A se vedea exemplele date de *Knapp*, 77 şi urm. Dacă în aceste cazuri compararea este absurdă sau imposibilă, aceasta nu se întâmplă pentru că *tertium comparationis* este prea abstract, ci fiindcă termenii de comparat nu sunt comparabili, şi aceasta deoarece le lipseşte elementul comun. A se vedea de asemenea *I. Szabó*, **La science comparative du droit**, 111.

elementare specifice unei ordini juridice, cele ce n-au nici o legătură, nici un punct comun nici vreun echivalent pe vreun plan în alte ordini juridice, nu pot alcătui termeni de comparat. Particulele juridice elementare având elemente comune cu particulele juridice elementare paralele, făcând parte din altă ordine juridică, constituie termeni de comparat. Apropierea lor va avea atunci o adevărată însemnătate comparativă. Urmează de aici că prima condiţie pe care trebuie s-o satisfacă o comparare făcută în mod judicios este de a nu forţa apropierea termenilor care, prin ei înşişi, nu au nimic comun, deci nimic comparabil. Nu trebuie să se procedeze la comparare decât acolo unde termenii pe care vrem să-i comparăm sunt legaţi printr-un element comun, printr-un paralelism sau printr-o echivalenţă[39]. De fapt, *comparabilitatea înseamnă elementul comun*. Totuşi, problema este complexă şi trebuie să distingem mai multe aspecte. Elementul comun nu justifică actul comparării atunci când apare pe planul lingvistic sau chiar pe cel al marilor categorii. Dar elementul comun este greu de sesizat fiindcă el poate să apară pe diverse planuri ale realităţii juridice şi îndeosebi pe planul structural, funcţional şi al rezultatelor. în sfârşit, elementul comun poate să aibă diverse intensităţi.

21. PARALELISMUL JURIDIC ŞI IDENTITATEA LINGVISTICĂ

Comparabilitatea se întemeiază pe elemente comune ce leagă instituţii, funcţii, rezultate sau probleme juridice echivalente, făcând parte din două sau mai multe ordini juridice. De aceea, trebuie ca elementul comun, identitatea sau echivalenţa, structurală, funcţională sau a rezultatelor, să existe pe planul juridic. înţelesul acestei afirmaţii este atât de evident încât orice lămurire pare de prisos. Totuşi, date fiind greşelile făcute în trecut şi lipsa de claritate ce domneşte încă la ora actuală în dezbaterea privind traducerea terminologiei juridice, este recomandabil să se încerce limpezirea problemei.

Bineînţeles, identitatea lingvistică poate să meargă mână în mână cu identitatea juridică. Este cazul ordinilor juridice aparţinând aceleiaşi familii juridice şi lingvistice, ca de pildă dreptul francez, italian, spaniol, portughez şi latino-american pe de o parte, iar pe de altă parte dreptul german şi austriac sau ordinile juridice nordice. Numărul cazurilor în care identitatea sau echivalenţa juridică se exprimă pe planul lingvistic printr-o identitate sau printr-o echivalenţă semantică este atât de mare,

[39] *Ravà* (**Corso di diritto pubblico comparato**, Firenze 1934, 56) scrie că "la comparazione presuppone un minimo di divergenza, ma anche un minimo di contatto fra i suoi oggetti". În acelaşi sens *Fontana*, 138 şi urm.

în aceste ordini juridice, încât este inutil să le ilustrăm prin exemple. Acesta însă nu este decât un aspect al problemei şi ar fi o greşeală să se generalizeze o observaţie numai în parte valabilă. Regula metodologică în această materie este că paralelismul juridic nu există şi nu poate exista atunci când el se manifestă doar pe plan lingvistic[40]. Astfel, nu există nici un paralelism juridic între *equité* franceză şi acea *Billigkeit* germană de o parte, şi acel *Equity* englez ca izvor de drept, categorie juridică alături de *Common Law*, pe de altă parte, şi aceasta deşi echitatea a jucat un rol fundamental în elaborarea lui *Equity*[41]. Identităţii lor lingvistice îi corespunde o lipsă de elemente juridice comune, iar compararea ar fi în acest caz absurdă.

Regula metodologică ce refuză să recunoască existenţa unui paralelism juridic atunci când el se manifestă numai pe plan lingvistic trebuie să fie completată prin corolarul său, cu alte cuvinte că nu trebuie să se plece niciodată de la o identitate sau de la o echivalenţă existentă pe planul lingvistic pentru a se trage concluzia unei identităţi sau a unei echivalenţe pe plan juridic[42]. Greşeala aceasta o fac adesea autorii de dicţionare juridice. Ei traduc cuvântul german *Gestaltungsrecht* prin "droit formateur" şi sintagma *positive Vertragsverletzung* prin "lésion positive du contrat", termeni care, în dreptul francez, nu înseamnă nimic întrucât acesta nu cunoaşte aceste noţiuni ca noţiuni juridice. De altminteri, chiar şi-acolo unde identitatea semantică este dublată de o echivalenţă juridică, funcţională de exemplu, nu trebuie nicidecum să se tragă concluzia unei identităţi a structurilor sau a rezultatelor. într-adevăr, numeroase diferenţe, de natură tehnică, structurală, conceptuală, sau în ceea ce priveşte efectele juridice, intervin pentru a separa între ele funcţiile echivalente. Compararea este totdeauna posibilă numai acolo unde există elemente comune pe plan juridic. E cazul, de pildă, acelui *Aufrechnung* în dreptul german şi al *compensation*[43] în dreptul francez; al

---

[40] Pentru problema terminologiei a se vedea **infra**, Nr. 50.

[41] Asemănarea numelui nu constituie un element comun susceptibil de a îndreptăţi compararea, cum greşit o afirmă *Erbe* (196).

[42] *Rivero* (op. cit. 156) ilustrează afirmaţia aceasta prin exemplul termenilor de *décentralisation* şi *Selbstverwaltung*. Cu ocazia unei reuniuni (de specialişti) consacrată dreptului administrativ francez şi german, cei doi raportori trebuia să trateze, cu ajutorul acestor două cuvinte, un subiect *despre care se credea astfel că i se asigurase unitatea*. Ei a trebuit să constate cât de mare era decalajul dintre conţinutul termenilor pe care ei îi credeau echivalenţi. Aceeaşi constatare a fost făcută la traducerea franceză a cuvântului *Körperschaft*.

[43] *Nicolas Nestianu*, **Du système de compensation du Code civil allemand** (Thèse Paris 1938).

ordre public[44] în dreptul francez, în dreptul sovietic şi al *public policy*; al noţiunii de *gute Sitten* în dreptul german şi al expresiei de *bonnes m_urs* din dreptul francez[45]. Deşi nefiind identice, aceste noţiuni sunt comparabile pentru că elementul comun nu se află pe planul semantic. Oricare ar fi, de altminteri, deosebirile ce le separă, aceste noţiuni sunt legate între ele de importante elemente comune existând pe planul juridic.

22. MARILE CLASIFICĂRI ŞI DIVIZIUNI JURIDICE LUATE CA ELEMENTE COMUNE

Ne-am putea gândi să folosim marile clasificări[46] sistematice, existente în interiorul ordinilor juridice, pentru a pune o bază fermă termenilor de comparat. în cadrul fiecărei ordini juridice există mari clasificări sistematice, ca de pildă: drept public şi drept privat, drept civil şi drept comercial, drept constituţional şi drept administrativ. Tot astfel, ne putem gândi la mari categorii, ca acelea existente în interiorul dreptului civil: dreptul persoanelor, al obligaţiilor, al bunurilor, al succesiunilor, etc. Dacă aceste categorii ar exista în toate ordinile juridice, compararea ar deveni mai uşoară. în realitate, baza aceasta este tot atât de nesigură ca şi celelalte. Deşi este general admis, este o greşeală să se creadă că dacă regulile şi instituţiile juridice variază de la o ordine juridică la alta, clasificările, marile categorii şi diviziuni sistematice ar fi pretutindeni aceleaşi. Iluzia aceasta a fost produsul secolului al XIX-lea, al propagării concepţiei Pandectiştilor şi mai cu seamă a Codului civil francez şi a sistemului său în lume, propagare combinată cu o masivă ignoranţă privind fenomenul juridic în general, şi ordinile juridice străine în particular.

Marile categorii sistematice ce ne sunt familiare pe Continent îşi au rădăcinile lor istorice îndepărtate în dreptul roman, iar temeiurile lor se află în tradiţia noastră juridică. Ele nu se găsesc în Sisteme juridice ce au cunoscut alte influenţe şi care sunt stabilite pe alte fundamente. Cu alte cuvinte, ele nu se regăsesc nici în Sistemul anglo-american, nici în Sistemul islamic şi doar parţial în Sistemul *socialist*.

Se poate afirma că, în mod tradiţional, dreptul englez nu cunoaşte distincţia fundamentală dintre dreptul privat şi cel public[46bis]. în realitate,

---

[44] *Malaurie*, **L'ordre public et le contrat, Etude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S.** (Thèse Paris 1953); *Dennis Lloyd*, **Public Policy, A Comparative Study in English and French Law** (London 1953).

[45] *Zeno Oprea*, **Essai sur la notion de bonnes m_urs dans les obligations en droit civil allemand** (Thèse Paris 1935).

[46] *Ascarelli* (Prefazione, XIX) vorbeşte despre *categorie giuridiche*, dar explicaţiile sale sunt destul de confuze.

[46bis] În ceea ce priveşte problema distincţiei dintre dreptul public şi cel privat în dreptul sovietic, a se vedea studiul fundamental al lui *Dieter Pfaff*, **Das Problem der Unterscheidung "öffentliches und privates Recht" in der Entwicklung der sowjetischen Rechtslehre**, ZvglRwiss 70 (1968) 129 şi urm.

poziţia aceasta, susţinută la început cu înverşunare[47] de către *Dicey*[48] şi urmată aproape unanim, începe să fie atacată după cel dintâi război mondial. De altfel, afirmaţia lui *Dicey* nu mai reflecta deja realitatea juridică a timpului său. Argumentele pe care el îşi baza poziţia, unitatea regulii juridice şi absenţa regulilor speciale şi a prerogativelor în folosul agenţilor publici, ca şi absenţa jurisdicţiilor administrative, nu erau atunci decât parţial exacte[49]. De atunci[50], aceste realităţi, şi o dată cu ele poziţia doctrinei[51], nu au încetat să se modifice[52], în sensul recunoaşterii acestei distincţii. Ceea ce dovedeşte cum pentru o aceeaşi ordine de drept unele categorii sunt relative în spaţiu şi trecătoare în timp. Urmarea este că ar fi primejdios să se creadă că ele au o valoare absolută şi să se facă din ele baze generale pentru termenii de comparat.

În sens invers, dreptul englez cunoaşte diviziunea fundamentală dintre *Common Law* şi *Equity*, ignorată pe Continent. Totuşi, diviziunea aceasta, ce caracterizează întreg dreptul englez, nu se sprijină pe nici o

---

[47] "Dreptul administrativ n-a prins rădăcini în Anglia". *R. David* (**Introduction**, 325): "Era o axiomă tradiţională a autorilor englezi că nu există drept administrativ în Anglia".

[48] *Dicey*, **Lectures introductory on the study of the Law of the Constitution** (London 1885; ed. a 10-a, London 1960). Totuşi *Dicey* era un mare cunoscător al ordinilor juridice străine. Studiul pe care *F.H. Lawson* (**Dicey revisted**, Political Studies 7, 1959, 109 şi urm.) l-a consacrat operei sale subliniază aportul său ca şi "comparatist constituţionalist", cum *Neville Brown* (358) o precizează.

[49] A se vedea *I. Jennings*, **Les caractéristiques du droit public anglais (Recueil Lambert)** II, 340 şi urm.; *acelaşi*, **Principles of local Government** (1931); *Rivero*, 72 şi urm. şi *Carleton Kemp Allen* (**Law in the marking**, Oxford, ed. a 7-a, 1964, 504 şi urm.) ca şi autorii pe care el îi citează aici. De altfel, *Dicey* însuşi, în ediţiile ulterioare ale lucrării sale, şi-a modificat în mod substanţial poziţia iniţială. A se vedea în acest sens introducerea la a patra ediţie a lucrării sale şi mai ales una din ultimele sale scrieri: **The development of Administrative Law**, LQR 31 (1915) 148.

[50] A se vedea şi *Garner*, **La justice administrative en France et aux Etats-Unis (Recueil Lambert)** II, 79 şi urm.

[51] În realitate, după cum remarcă *R. David* (**Introduction**, 323), "regulile şi prescripţiile ce constituie esenţialul dreptului administrativ francez există în mod evident în Anglia, dar autorii englezi, până de curând, nu le-au grupat într-o rubrică numită "drept administrativ". Ei le-au înfăţişat în rubrici diferite, specifice fiecăreia dintre ele: *Constitutional Law*, *Local Government*, *Public Health Acts*, *Post-Office*, *Taxation*, etc... în Anglia nu există drept administrativ deoarece doctrina nu s-a ridicat la acest grad de abstracţie".

[52] *Rivero* dovedeşte cât de mult s-a modificat realitatea în Anglia, care acum posedă în materie administrativă un grup de reguli ce derogă de la dreptul comun şi cât de mult doctrina (a se vedea lista autorilor de la pag. 74-75) a devenit conştientă de specificitatea dreptului administraţiei. Aceasta explică şi interesul crescând al doctrinei engleze faţă de dreptul administrativ francez. Dovadă, numărul de contribuţii, articole şi monografii. Printre altele, citâm cu titlu de exemplu doar lucrările lui *Hamson*, **Executive Discretion and Judicial Control: A Study of the Conseil d'Etat** (London 1954) şi monografia - tratat de *Neville Brown* şi *Garner*, **French Adminstrative Law** (London 1967).

bază logică; ea este produsul istoriei dreptului englez. Astfel, diviziunea aceasta esenţială a dreptului englez îi rămâne de neînţeles juristului străin care nu cunoaşte procedeul elaborării judiciare[53] al lui *Common Law* de către Curtea Regală şi care ignoră puterea judiciară a regelui, secătuirea izvorului de elaborare al lui *Common Law*, prerogativele regale în materie de graţiere şi dezvoltarea ulterioară a dreptului englez în cadrul acelui *Equity* de către Cancelar, în afara lui *Common Law*. în sfârşit, în interiorul acestui *Common Law*, dreptul englez cunoaşte alte categorii, cel mai adesea determinate de raţiuni de procedură şi care nici ele nu sunt ordonate în mod logic. La aceasta se adaugă influenţa principiului precedentului, devenit în sec. al XVIII-lea unul din principiile fundamentale ale lui *Common Law*. Acest principiu nu a împiedicat dreptul englez să evolueze; el a împiedicat, într-o largă măsură, sistematizarea sa, obişnuindu-l pe juristul englez să gândească dreptul în funcţie de soluţii de speţă, şi nu de principii generale[54]. Trebuie reunit un grup întreg de probleme parţiale ca să ajungem la una din categoriile noastre. Ca să reconstituim echivalentul categoriei raporturilor de familie şi a regimurilor matrimoniale trebuie strânse laolaltă rubricile engleze următoare: *Marriages*, *Husband and Wife*, *Married women*, *Domestic Relations*, *Divorce*, *Support and subsidence*, *Bastardy orders*, *Affiliations*, *Trusts*[55]. Absenţa, nu numai a unităţii dar şi a echivalenţei între categoriile şi marile diviziuni sistematice existentă între Sistemele anglo-american şi european, i-a silit pe comparatişti fie să-şi facă expunerile pe baza diviziunilor engleze[56], fie să aşeze sub diviziunea continentală cuvintele-cheie indicând, în dreptul englez, materiile corespondente[57].

Situaţia este aceeaşi în ceea ce priveşte dreptul musulman[58] care posedă propriile sale mari diviziuni, în mod necesar diferite de cele ale altor Sisteme. Astfel, se poate afirma că marile categorii şi diviziuni

---

[53] Pentru elaborarea dreptului englez general şi a lui *Common Law* în particular, a se vedea următoarele monografii în limba franceză: *Henri Lévy-Ullmann*, **(Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. Le système juridique de l'Angleterre. Le système traditionnel**, Paris 1928); *Marc Ancel* (***La Common Law* d'Angleterre**, Thèse Paris 1927); *R. David*, **Introduction**, 19-170. în ciuda vechimii lor, ele rămân printre cele mai bune care au fost scrise despre acest subiect de şi pentru juriştii continentali. Pentru indicaţiile bibliografice recente privind lucrările engleze şi germane, a se vedea *D. Blumenwitz*, **Einführung in das anglo-amerikanische Recht** (München, 1971) 5.

[54] *René David*, **Introduction**, 19-170.

[55] În privinţa acestei probleme, a se vedea *R. David*, **Introduction**, 373-392.

[56] *H. Lévy-Ullmann*, 53 şi urm.

[57] *R. David*, **Introduction**, 347 şi urm.

[58] *Bousquet*, **Le droit musulman** (Paris 1963) 13 şi urm. şi autorii citaţi **infra**, Nr. 66.

sistematice sunt caracteristice diverselor Sisteme juridice. Valoarea lor, sistematică şi pedagogică, nu este universală, ci limitată în spaţiu. Aşadar, nu se pot face din acestea termeni de comparat în comparări ce înglobează ordini juridice care aparţin mai multor Sisteme.

23. Noţiunile juridice fundamentale ca element comun

Comparabilitatea termenilor de comparat pare să fie sigură atunci când este vorba de aceeaşi instituţie[59]. De altminteri, ea este astfel adesea[60]. Cu toate acestea, răspunsul trebuie să fie nuanţat, căci nu trebuie să se acorde acestor criterii formale o valoare pe care nu o au. Într-adevăr, se poate ca aceeaşi instituţie juridică să aibă, în două Sisteme, funcţii atât de diferite încât se cuvine să ne întrebăm în ce măsură e cu putinţă să se mai vorbească despre aceeaşi instituţie.

Puţine instituţii juridice sunt atât de tehnice şi de generale precum contractul, inerent oricărei societăţi omeneşti. La prima vedere, compararea contractelor făcând parte din diverse ordini juridice n-ar trebui să ridice nici o dificultate. Totuşi, numeroasele întâlniri, colocvii[61] şi mese rotunde între specialişti occidentali şi cei ai Sistemului *socialist* nu au izbutit să rezolve dificultăţile apărute în urma comparării contractelor. O literatură bogată dovedeşte acest lucru[62].

O comparare limitată la aspectul instituţional, structural şi formal poate să ducă, după cum de altminteri s-a şi întâmplat, la compararea şi chiar la asemănarea contractelor economice ale Sistemului sovietic cu

---

[59] **Supra**, Nr. 19 şi **infra**, Nr. 29.

[60] Se pot lua ca termeni de comparat noţiuni fundamentale ale dreptului administrativ ca, de pildă, actul administrativ sau contractul administrativ şi acestea pot fi comparate în dreptul francez, italian şi venezuelean. A se vedea în acest sens *Allan-Randolph Brewer-Carias*, **Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana** (Caracas 1964).

[61] A se vedea **infra**, Nr. 38, nota 78.

[62] Să citäm numai cu titlu infomativ: *R. David*, **Traité**, 326; *acelaşi*, **Le droit soviétique** (Paris 1954) I, 189 şi urm.; *Hazard*, **Le droit soviétique** (Paris 1957) II, 43 şi urm.; *Drobnig*, **Das "Privatrecht" der Staatswirtschaft in der Ostzone**, AcP 152 (1953) 542; *Pleyer*, **Wirtschafsordnung und Arbeitsrecht**, ZfHR 1963, 81 şi urm.; *acelaşi*, **Vertrag und Wirtschaftsordnung**, JZ 1963, 233 şi urm.; *A. Tunc*, **La possibilité de comparer le contrat dans des systèmes juridiques à structures économiques différentes**, RabelsZ 27 (1962) 478 şi urm.; *Viktor Knapp*, **Verträge im tschechoslowakischen Recht, Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen Länder mit verschiedener Gesellschaftsordnung**, RabelsZ 27 (1962) 495 şi urm.; *Schlesinger*, **The Common Core**, 66 şi urm.; *acelaşi*, **Formation of Contracts**, 20 şi urm.; *Hazard*, **Socialist Law and the International Encyclopedia**, HarvLR 79 (1965) 278 şi urm. şi mai ales lucrarea fundamentală în materie: *Loeber*, **Der Vertrag**; etc.

contractele altor Sisteme. Totuşi, această concluzie e străină de problemă întrucât ea ignoră diferenţa profundă ce separă Sistemul sovietic de celelalte Sisteme în ce priveşte elementul determinant pe care îl reprezintă constituţia economică.

Dreptul sovietic respinge distincţia dintre dreptul public şi dreptul privat[63]. într-un anumit fel, cea mai mare parte a dreptului, şi în orice caz dreptul economic, aparţine dreptului public. în URSS ca şi în celelalte ţări ale Sistemului *socialist* toate mijloacele de producţie şi totalitatea întreprinderilor sunt publice. Odată cu aceasta, totalitatea relaţiilor economice cade sub ceea ce noi considerăm a fi imperiul dreptului public. Astfel, deosebirea dintre dreptul public şi dreptul privat, o deosebire fluidă şi oarecum nesigură în dreptul nostru, îşi pierde raţiunea de a fi în dreptul sovietic[64].

Modificările profunde realizate în constituţia economică şi în planificare influenţează raporturile juridice şi chiar noţiuni foarte tehnice, cum ar fi contractul. Astfel, dreptul sovietic a ajuns la noi tipuri de contracte, încheiate între diversele organisme, unităţi economice şi organizaţii publice: contractul economic sau contractul de planificare[65]. Principala lor funcţie este de a permite întreprinderilor să-şi execute obligaţiile impuse de planul economic. Acest gen de contract prezintă diferenţe adânci faţă de contractul Sistemelor european şi anglo-american. în unele ţări din Sistemul *socialist* contractele economice[66] sunt reglementate de legi speciale. în altele, parcă vrând să se sporească dificultăţile, ele sunt reglementate de dispoziţiile codurilor civile, completate uneori cu dispoziţii speciale[67].

---

[63] *Loeber*, 223.

[64] *Jakobs*, 113.

[65] În ceea ce priveşte detaliile reglementării în diverse ţări ale Sistemului sovietic, a se vedea *Loeber*, **Der Vertrag**, 62 şi urm. Deosebirile dintre ordinile juridice ale Sistemului *socialist*, în materie, sunt departe de a avea importanţa pe care le-o acordă *Schlesinger* (**Formation of Contracts**, I, 25) sau de a pune în discuţie asemănarea fundamentală ce le uneşte.

[66] Bineînţeles nu toate contractele acestor ordini juridice sunt economice. Numeroase contracte sunt încheiate între particulari. Dar dacă numărul acestora este superior, importanţa economică şi valoarea lor sunt foarte limitate faţă de contractele economice.

[67] În ceea ce priveşte România: *Ionaşcu* şi *E. Barasch*, **Teoria generală a contractelor economice** (Bucureşti 1963-1965) 2 vol. (Dare de seamă în RIDC 1965, 529); *aceiaşi autori*, **Les contrats économiques dans le droit de la République socialiste de Roumanie**, RIDC 1965, 887 şi urm.; *Tudor Popescu* şi *Petre Anca*, **Teoria generală a obligaţiilor** (Bucureşti 1968) 42 şi urm. Pentru ultima reformă a se vedea *M. Cismărescu*, **Reformen im Rechts - und Justizwesen Rumäniens 1965-1970** (München 1970) 79 şi urm. şi excelentul studiu al *Yolandei Eminescu* şi *Mariei Ioana Eremia*, **Die neue Regelung der wirtschaftlichen Verträge im Recht der sozialistischen Republik Rumänien**, ZfHR 135 (1971) 539 şi urm.

Pentru doctrina occidentală, contractele economice sunt curiozităţi ştiinţifice, dar în acelaşi timp şi un izvor de confuzie categorială. Căci, în ciuda asemănărilor formale cu contractele civile ale Sistemului european, aceste contracte economice prezintă diferenţe profunde. Doctrina ţărilor occidentale este foarte divizată în ce priveşte natura contractelor economice şi în ce priveşte posibilitatea de a le clasa printre contracte. Cea mai mare parte a juriştilor occidentali constată absenţa elementelor ce caracterizează contractele civile şi mai cu seamă absenţa autonomiei de voinţă, ca mijloc de formare a contractului[68]. Pentru unii jurişti, contractele economice nu posedă calitatea de contracte. Alţi jurişti occidentali au văzut în contractele economice "contracte impuse" sau "contracte forţate"[69], ceea ce permite să li se aplice unele reguli contractuale chiar dacă, pe de altă parte, diferenţele sunt adânci[70]. Alţii, în sfârşit, au văzut în contractele economice mai degrabă nişte acte administrative prin care organismele subordonate precizează detaliile executării unui ordin venind de la o autoritate superioară[71], sau nişte instituţii *sui generis* de cooperare între unităţi administrative[72]. Numeroasele încercări întreprinse de doctrina occidentală de a sesiza natura exactă a contractelor economice n-au făcut decât să alimenteze controversa. Examenul comparativ al problemei i-a permis lui *Loeber*[73] să tragă concluzia că aceste contracte economice intră în categoria contractelor "alcătuite forţat", (hoheitlich gestaltete Verträge) care, ca apariţie marginală, se găsesc şi în ordinile juridice ale Sistemului european. Aceste contracte se caracterizează prin faptul că ele sunt stabilite de un terţ, că au o funcţie instrumentală şi că nu cunosc principiul autonomiei de voinţă. Cu toate acestea, în practică, li se aplică, într-o largă măsură, regulile dreptului contractelor.

Controversa privind natura[74] acestor contracte a pus în plină lumină problema comparabilităţii lor. Comparabilitatea formală există, dar ea este departe de a asigura o bază valabilă a comparării cu contractele civile din lumea occidentală. Ea ar ajunge la concluzia că e vorba de

---

[68] Pentru rezumatul poziţiei diverşilor autori a se vedea *Loeber*, **Der Vertrag**, 27 şi urm. şi *Hazard*, **Socialist Law**, 287 şi urm.

[69] *Loeber*, **Der Vertrag**, 30. *Schlesinger*, (loc. cit. 27) vede în "Kontrahiernugszwang" ce marchează aceste contracte una din caracteristicile lor cele mai importante, care face dificilă compararea cu contractele liber încheiate

[70] Asemănarea dintre *managerii* (*managers*) ţărilor socialiste şi nesocialiste, în care *Schlesinger* (loc. cit., 28) pare să creadă în parte, este foarte problematică, întrucât ea face complet abstracţie de Sistem şi de elementele sale determinante.

[71] Pentru rezumatul poziţiei diverşilor autori, a se vedea *Loeber*, op. cit. 29.

[72] *G. Langrod*, **Administrative Contracts. A Comparative Study**, AJoCL 1955, 325 şi urm.

[73] *Loeber*, op. cit.

[74] Ea s-a dezvoltat mult timp în URSS şi în celelalte ţări ale aceluiaşi Sistem.

aceeaşi instituţie juridică, pe când concluzia aceasta este departe de sesiza şi de a reflecta realitatea. Astfel, a trebuit să fie avut în vedere aspectul funcţional şi să se constate că aceste contracte economice sunt caracterizate îndeosebi prin funcţia lor proprie, care le distinge de contractele civile. Deşi exactă, această afirmaţie este prea îngustă ca să fie de un mare ajutor. în realitate, dificultăţile pe care comparabilitatea contractelor le ridică în ipoteza noastră au o singură explicaţie. Contractul este unul din instrumentele tehnice cele mai importante ale oricărei constituţii economice. Dar constituţia economică reprezintă un element determinant, deci un element specific şi de neînlocuit al oricărui Sistem juridic. Putem foarte bine să comparăm constituţiile economice ale Sistemului socialist şi occidental. De fapt, economia în întregime planificată şi economia de piaţă reprezintă structuri economice care se opun prin însăşi natura lor. Or, ca instrument esenţial al constituţiei economice, contractul este direct şi profund influenţat de acest element determinant. Contractul îşi schimă funcţia şi chiar şi natura, în măsura în care el este folosit de una sau de alta dintre formele acestui element determinant. Această constatare banală aşează temeiul şi limitele comparabilităţii. Comparabil şi asemănător, ca instituţie juridică, contractul devine în mod fundamental diferit şi de necomparat, prin funcţia sa, atunci când el serveşte o altă constituţie juridică. Elementul[75] comun ce întemeiază comparabilitatea există desigur, însă el este superficial şi îngust atunci când se reduce la aspectul său instituţional şi formal.

---

[75] "Unitatea de comparare naturală" despre care vorbeşte *Eörsi* (Nr. 12) constituie o noţiune nu prea clară. Autorul însuşi înţelege prin aceasta fie "o instituţie juridică mai mare şi mai întinsă", fie o comparare de principii (Nr. 12) fie "o unitate de comparare globală" (Nr. 15). Noţiunea are în plus dezavantajul de a fi folosită de autor drept o condiţie prealabilă comparării ulterioare făcute pe baza "unor diviziuni interioare". *Eörsi* observă că "o asemenea diviziune interioară pare mai posibilă în domeniul contractelor decât în cel al dreptului de proprietate". Această observaţie confirmă însemnătatea elementelor determinante pentru comparare precum şi faptul că proprietatea (ca element esenţial al constituţiei economice) e unul din ele. De altfel, dificultăţile lui *Eörsi* de a preciza noţiunea sa rezultă tocmai din faptul că el a luat ca termen de comparat o instituţie juridică ce constituie un element determinant şi care, din această cauză, nu este, în principiu, comparabilă, sau nu este comparabilă decât dacă se ţine seama de faptul că e vorba de un asemenea element. De aceea drumul pe care îl propune ni se pare inexact din punct de vedere metodologic. Termenii devin comparabili de îndată ce elemente comune îi reunesc. Prin urmare, comparatistului îi revine sarcina de a preciza rolul exact al asemănărilor şi diferenţelor pe care le va fi constatat. A se vedea **infra**, Nr. 95 şi urm. Despre necesitatea de a lărgi termenii de comparat a se vedea **infra**, Nr. 106.

Din analiza înfăţişată se desprind trei concluzii: prima este că o comparare redusă la un singur aspect, fie el structural, funcţional sau al rezultatelor, este inexactă, fiind incapabilă să sesizeze termenii de comparat în complexitatea lor, şi să precizeze toate relaţiile care există între ei. A doua este că orice comparare trebuie să ţină seamă de influenţa pe care elementele determinante o exercită sau pot s-o exercite asupra termenilor de comparat[76]. în sfârşit, acest exemplu arată cum noţiuni în aparenţă identice, ca aceea de contract, pot diferi în ceea ce priveşte funcţia şi rolul lor. Ceea ce dovedeşte că ar fi greşit să se creadă că noţiunile fundamentale reprezintă cu siguranţă termeni de comparat.

24. PRINCIPIILE GENERALE CA ELEMENT COMUN

Principii juridice comune pentru două sau mai multe ordini juridice pot fi întrebuinţate ca punct de plecare al comparării; ele cuprind totdeauna destule elemente comune pentru a îndreptăţi compararea. Comparabilitatea există, iar o comparare realizată pe această bază poate să dea rezultate foarte valabile. Dificultăţi apar atunci când vrem să trecem de la compararea multilaterală la compararea universală; ele apar pe măsură ce se lărgeşte cercul ordinilor juridice pe care vrem să le înglobăm în comparare[77]. într-adevăr, principiile generale se află într-un raport invers proporţional cu numărul ordinilor juridice. Cu siguranţă că în interiorul fiecărui Sistem juridic numărul de principii generale comune este mai mare, iar conţinutul lor mult mai substanţial. Numărul lor scade, iar realitatea lor se face mai abstractă atunci când e vorba de principii generale universale, prin urmare comune tuturor ordinilor juridice. în ipoteza aceasta, problema se înfăţişează sub un alt aspect. Problema nu e nouă, iar comparatiştii au afirmat totdeauna că unul din scopurile metodei comparative era de a desprinde principii universale. în acest caz, principiile generale sunt mai degrabă rezultatul aplicării metodei comparative decât punctul ei de plecare. Funcţia aceasta a metodei comparative a fost confirmată de dispoziţiile art. 38, litera c, din

[76] A se vedea **infra**, Nr. 78.
[77] A se vedea **infra**, Nr. 115 c.

Statutul Curţii internaţionale de Justiţie[78]. Totuşi, şi în ciuda unei literaturi extrem de bogate, rezultatele sunt dezamăgitoare. Cercetarea colectivă realizată în cadrul proiectului *Cornell Law School* reprezintă unul din rarele studii în care, pornind de la o bază concretă, s-a încercat să se precizeze însemnătatea universală a unui principiu comun prin întrebuinţarea efectivă a metodei comparative[79]. Lucrarea a scos la iveală[80], în acelaşi timp, dificultăţile demersului precum şi caracterul foarte limitat al elementului comun. Totodată, este sigur că principiile comune lasă să se presupună o comparabilitate în stare să justifice compararea[81].

25. COMPARABILITATE ŞI *TERTIUM COMPARATIONIS*

Anumiţi autori văd în elementul comun sau în numitorul comun acel *tertium comparationis*[82]. *Knapp* scrie că între *comparatum* şi *comparandum* trebuie să existe, ca şi condiţie prealabilă, "o liniuţă de unire, un *tertium comparationis*". Pentru el, "condiţia primordială a oricărei comparări rezonabile constă în a putea desprinde[83], din două noţiuni comparate, o noţiune comună superioară, acel *tertium comparationis.* Acesta din urmă constituie deci, prin definiţie, o noţiune mai generală

[78] Adesea, unii jurişti s-au gândit că mari *principii generale* ar putea oferi o bază puternică pentru comparare. în acest sens, *Esser* îşi intitulează ultimul capitol al lucrării sale, *Universale Prinzipien als Basis der Funktionsvergleichung von Privatrechtsinstitutionen.* Demonstraţia sa - bogată în exemple - este convingătoare în măsura în care ea revelează echivalenţa funcţiilor instituţiilor eterogene. Cu toate acestea, demonstraţia sa, stufoasă şi nu destul de clară, nu reuşeşte să arate că există principii universale (sau generale), fundamente ale comparabilităţii. Ca să fie acceptată, existenţa *principiilor sau generale sau universale* ar trebui să fie demonstrată şi în ceea ce priveşte Sistemele islamic şi *socialist.* Totuşi, exemplele lui *Esser* sunt luate numai din dreptul englez, german şi francez. Exemplele acestea arată totodată importanţa echivalenţei funcţionale ca bază a comparabilităţii. *Knapp* (81) crede de asemenea că noţiuni generale comune pot sluji ca punct de plecare pentru comparare, deoarece ele permit să se desprindă acel *tertium comparationis.*

[79] A se vedea **infra**, Nr. 115 c.

[80] Numeroase articole au fost scrise de colaboratorii proiectului *Cornell Law School* asupra principiilor generale şi asupra metodei comparative. în ceea ce priveşte lista autorilor şi articolelor, a se vedea *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, I, 62 şi urm.

[81] A se vedea **supra**, Nr. 23.

[82] În acest sens în mod succint *Langrod*, **Réflexions**, 365 şi, în mod mai detaliat, *Knapp*, 76 şi urm., 82 şi urm.

[83] Sublinierea noastră.

decât *comparatum* şi *comparandum*, o noţiune care îi înglobează atât pe primul cât şi pe al doilea"[84].

Prima întrebare care ne vine în minte este de a şti cum distribuim calitatea de *comparatum* şi de *comparandum* atunci când, prin comparare, apropiem trei sau patru sau mai multe ordini juridice. Totodată, problema principală este altundeva, şi anume în incertitudinea privind natura şi locul care, în această concepţie, îi revine lui *tertium comparationis*. Există o contradicţie în termeni dacă, pe de o parte, afirmăm[85] că existenţa lui *tertium comparationis* constituie o condiţie prealabilă a comparării şi, pe de altă parte, admitem că acest element este desprins prin comparare[86]. într-adevăr, Conform primei formule, *tertium comparationis* este cunoscut şi constituie punctul de plecare al comparării, pe când, conform celei din urmă, el nu este desprins decât la sfârşitul procesului de comparare. Incertitudinea aceasta privind locul lui *tertium comparationis* în desfăşurarea cronologică a procesului de comparare lasă să se presupună o confuzie în ce priveşte natura lui. Nu se mai ştie dacă *tertium comparationis* este o măsură de referinţă, exterioară termenilor de comparat[87], rezultatul comparării sau, în sfârşit, punctul său de plecare, în calitate de comparabilitate a termenilor de comparat. în prima ipoteză, se revine la conceptul de *Masstab* al lui *Radbruch*, pe care l-am înlăturat deja[88]. în a doua ipoteză, se revine la *Rechtstypus* elaborat de *Radbruch* şi *Saleilles*, respins de asemenea[89]. De altminteri, dacă prin comparare se dovedeşte că o instituţie este comună, sau că prezintă elemente comune mai multor ordini juridice, nu se desprinde nici *Rechtstypus* nici *tertium comparationis*, ci se precizează pur şi simplu rezultatul comparării. Dacă se acceptă teza lui *Knapp*, ar exista pentru aceeaşi instituţie juridică tot atâtea *tertia comparationis*, ca "noţiuni comune superioare", câte instituţii juridice există, comparate în chip bilateral. Astfel, de pildă, în cazul tutelei ar exista un *tertium comparationis* desprins plecând de la compararea dintre dreptul francez şi german, un altul desprins prin compararea dintre dreptul belgian şi german şi aşa mai departe. Care ar fi în acest caz valoarea tuturor acestor *tertia comparationis*? N-ar trebui oare să procedăm apoi la o comparare între ele, ca să desprindem alte *tertia*

---

[84] *Knapp*, 77. în raportul său, **Le droit comparé en Tchécoslovaquie (Livre du Centenaire**, II, 538) *Knapp* scrie: "Problema comparabilităţii este problema existenţei unui *tertium comparationis* plauzibil şi rezonabil".

[85] *Knapp*, 76.

[86] *Knapp*, 77.

[87] A se vedea **supra**, Nr. 9.

[88] A se vedea **supra**, Nr. 9.

[89] A se vedea **supra**, Nr. 9.

comparationis şi, eventual, aşa mai departe? în ultima ipoteză, singura exactă, *tertium comparationis* nu este altceva decât ceea ce eu numesc *comparabilitatea* termenilor de comparat. Dar în acest caz este vorba de o însuşire ce este şi trebuie să fie prezentă în termenii de comparat. Compararea nu desprinde *tertium comparations* ca element nou; ea nu va face decât să confirme sau să infirme comparabilitatea. în prima ipoteză, ea o va face scoţând la iveală elementele comune, precizându-le forma, intensitatea şi capacitatea de acţiune. în sfârşit, elementele comune astfel desprinse nu constituie "noţiuni comune superioare"[90], ci pur şi simplu elemente comune a două sau mai multor ordini juridice.

Secţiunea a IV-a

PLANURILE PE CARE ELEMENTELE COMUNE SE MANIFESTĂ ŞI INTENSITATEA ACESTORA

26. TERMENII DE COMPARAT CA ELEMENTE DATE. DIFICULTATEA DE A-I SESIZA ŞI PLANURILE PE CARE EI APAR

Paralelismul termenilor de comparat, deci elementul comun care îi reuneşte, este un dat. Ca atare, acest dat preexistă comparării care nu face decât să îl scoată la iveală[91]. Comparatistul trebuie să aibă certitudinea existenţei acestui paralelism înainte de a începe compararea, deşi nu totdeauna este uşor să fie decelat[92].

Comparabilitatea termenilor de comparat este lesne de identificat atunci când e vorba de aceeaşi instituţie sau de instituţii sau reguli în mod structural sau funcţional echivalente. în această echivalenţă, luată în sens larg, rezidă elementul comun care formează comparabilitatea

---

[90] Nu se ştie prea bine prin ce şi cui ar fi ele "superioare".

[91] Acest element comun preexistă şi nu poate depinde de scopul comparării cum, în mod greşit, o afirmă *Erbe* (196). De asemenea, este inexact de a susţine ca *Eörsi* (399) că elementul comun "depinde în parte de scopul concret al comparării şi de punctul de vedere juridic, adică de ideologia celui ce întreprinde compararea, cu alte cuvinte, de ceea ce el consideră drept esenţial în fenomenul din care el abstrage *numitorul comun*". Elementul comun are o existenţă obiectivă şi nu subiectivă. Deci el nu poate depinde de voinţa comparatistului care nu poate face decât să îl constate. însă el există înainte de a fi constatat. A se vedea de asemenea *Langrod*, **Réflexions**, 362.

[92] De altminteri, cea mai mare parte a autorilor n-au reuşit să pună problema în termeni clari. A se vedea, de exemplu, *v. Rauchhaupt*, 157 şi urm.

termenilor de comparat, justificând compararea lor. Compararea nu o stabileşte, ci o revelează. Comparabilitatea este foarte adesea evidentă în caz de comparare instituţională[93]. A compara ruptura logodnei, cauzele divorţului, pensia alimentară în caz de divorţ, încheierea contractului înseamnă a apropia termeni de comparat având un foarte înalt grad de comparabilitate ce rezultă dintr-o echivalenţă foarte marcată, în acelaşi timp instituţională, funcţională şi a rezultatelor. într-adevăr, comparabilitatea, aşadar elementul comun, se poate manifesta pe diverse planuri[94].

Cu toate acestea, dificultatea de a decela elementele comune ale termenilor de comparat se datorează faptului că ele trebuie sesizate în diversitatea termenilor prin care se exprimă. Rămânând aceeaşi, deseori problema se pune în diversele ordini juridice în termeni tehnici, juridici şi uneori conceptuali diferiţi. Gândirea juridică se deosebeşte de la o ordine de drept la alta, nu numai în felul de a rezolva problemele, dar şi în cel de a le pune sau chiar de a le concepe[95]. Astfel, de pildă, *misrepresentation* constituie o noţiune istoric elaborată, având o structură coerentă în dreptul englez. Ea constituie o noţiune originală pentru ordinile juridice continentale în măsura în care se referă la şi combină o serie întreagă de particule juridice elementare care, potrivit concepţiei continentale, sunt concepute, combinate sau separate într-un cu totul alt mod. Astfel, în *misrepresentation* există elemente care, pentru juristul continental, sunt proprii, în acelaşi timp, declarării voinţei, obligaţiei contractantului de a comunica unele informaţii, răspunderii unei părţi în ceea ce priveşte declaraţia sa de voinţă, erorii în cazul numit *innocente misrepresentation*, erorii asupra fundamentului actului sau erorii provocate în mod fraudulos în cazul lui *fraudulent misrepresentation.* Exemplul lui *trust* este din acest punct de vedere încă şi mai elocvent.

Acest exemplu arată cât de diferit sunt concepute şi combinate particulele juridice elementare în funcţie de Sistemele juridice. Dificultăţile de a sesiza comparabilitatea termenilor de comparat sunt atunci mai profunde. Ele depăşesc planul simplei tehnici ca să atingă noţiuni de bază, cu care aceste tehnici operează. De altfel, în asemenea cazuri, deosebirile cuprind nu numai arhitectura construcţiei dar şi tehnica

---

[93] Termenii de comparat nu pot fi noţiuni juridice abstracte sau instituţii juridice ideale. Nici nu pot fi luate ca bază a comparării noţiuni juridice de aceeaşi specie. (*Gattungsbegriffe*). Termenii de comparat sunt probleme juridice asemănătoare sau soluţii pe care diverse ordini juridice le dau aceleiaşi probleme juridice. în acest sens *Salomon*, 41 şi urm. şi *Binder*, 956, 962.

[94] A se vedea *Langrod*, **Réflexions**, 366.

[95] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 2.

construcţiei şi chiar materialele acestei construcţii. în toate cazurile, comparabilitatea termenilor de comparat e mult mai greu de sesizat. Acest exemplu explică de ce nici identitatea formelor, nici omogenitatea structurilor, ci echivalenţa funcţiilor este importantă[96].

Într-adevăr, în unele situaţii, echivalenţa funcţională[97] a două instituţii juridice eterogene este cea care formează comparabilitatea. în alte cazuri, elementul comun se găseşte pe planul rezultatelor practice. Instituţii juridice diferite, având funcţii parţial echivalente, duc la rezultate practice comune. Astfel, elementul comun ce întemeiază comparabilitatea poate să se manifeste pe unul din aceste trei planuri.

27. Planul echivalenţei instituţionale

Echivalenţa se manifestă foarte adesea pe plan instituţional. Ordinile juridice cunosc numeroase instituţii juridice comune[98]. Acest paralelism este mai pronunţat şi mai vizibil atunci când e vorba de ordini juridice făcând parte din acelaşi Sistem şi, în interiorul fiecărui Sistem, din aceeaşi familie juridică, precum, de pildă, în cadrul Sistemului european, ordinile de drept ale familiei juridice latine, pe de o parte, şi ale familiei juridice germanice, pe de altă parte. Paralelismul acesta este cu mult mai puţin evident la instituţiile juridice făcând parte în acelaşi timp din Sistemele european, anglo-american şi musulman. Diferenţele instituţionale se explică, în acest caz, prin distanţa ce separă ultimele două Sisteme de dreptul roman, şi prin originalitatea lor în elaborarea noţiunilor proprii. Totuşi, instituţii comune se regăsesc de asemenea printre ordini juridice aparţinând unor Sisteme deosebite.

Câteodată, paralelismul instituţional ajunge la o veritabilă identitate. Aceasta se întâmplă ori de câte ori identitatea structurală este întregită de o identitate funcţională şi a rezultatelor, lucrul petrecându-se chiar dacă, pe un plan sau altul, se ivesc diferenţe secundare. Atunci când se compară instituţiile *Verzug* germană, întârzierea şi *demeure* franceză, *ritardo* şi *mora* italiene sau *dröjsmäl* scandinavă[99], ne dăm seama că identitatea termenilor de comparat este completă. Definiţia particulei

---

[96] *Esser*, 348.

[97] A se vedea exemplele date de *Esser*, 346 şi urm.

[98] Pe baza paralelismului instituţional a fost realizat voluminosul **Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes** (Berlin 1929-1939, 7 vol.). Pe aceeaşi bază *Zweigert* şi *Kötz* (**Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts**, Tübingen 1969, II), au procedat la compararea diverselor instituţii juridice aparţinând dreptului contractelor şi îmbogăţirii fără justă cauză.

[99] *Rabel*, **Das Recht des Warenkaufs** (Berlin 1957) I, 126.

juridice elementare poate varia de la o ordine juridică la alta, nu însă şi structura, funcţia şi rezultatele instituţiei în primele trei ordini juridice.

Ordinile juridice germană[100], franceză[101] şi italiană[102] au consacrat noţiunea subiectivă potrivit căreia debitorul nu răspunde decât de întârzierea culpabilă. în aceste trei ordini de drept, instituţia punerii în întârziere transferă în sarcina debitorului riscurile pieirii fortuite a lucrului datorat, survenite ulterior. Din contră, dreptul scandinav[103] consacră concepţia obiectivă potrivit căreia debitorul este răspunzător de orice consecinţă datorată întârzierii (chiar şi întârzierii neculpabile, fortuite, iniţiale sau ulterioare), din moment ce întârzierea nu e datorată culpei creditorului însuşi. Din pricina acestei diferenţe structurale dintre punerea în întârziere scandinavă şi aceea a celorlalte trei ordini juridice, între aceşti termeni de comparat există diferenţe practice. Din această cauză, identitatea completă constatată între termenii de comparat în dreptul german, francez şi italian va fi modificată de o diferenţă structurală şi a rezultatelor în ceea ce priveşte dreptul scandinav. Deosebirea nu schimbă totuşi identitatea instituţională completă între termenii de comparat.

Dimpotrivă, acest paralelism instituţional nu există faţă de dreptul englez care nu cunoaşte *noţiunea juridică* a punerii în întârziere. Aşa numitele *cases* şi autorii[104] vorbesc despre *delay*, dar prin acest termen ei denumesc întârzierea şi nu *noţiunea juridică* de punere în întârziere[105]. întârzierea constituie o ruptură a contractului, deci una din formele noţiunii generale de *breach of contract*. în *Common Law*,

---

[100] § 285 BGB. Asupra controversei în secolul XIX şi după: *E. Heymann*, **Verschulden bei Erfüllungsverzug (Festgabe für Enneccerus**, Marburg 1913) 15 şi urm. Marea majoritate a doctrinei merge în acest sens. Pentru autorii mai vechi:*E. Heymann*, 7 şi autorii pe care el îi citează aici. în prezent, acest punct de vedere este unanim acceptat: *Staudinger-Werner*, **Recht der Schuldverhältnisse** (Berlin, ed. a 11-a 1967) § 285; *Larenz*, **Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil** (ed. a 10-a 1970) I, 23 nota I b; *Esser*, **Schuldrecht (Allg. Teil)** (ed. a 4-a, Karlsruhe 1970) § 50, I pag. 358 şi urm.; *Fikentscher*, **Schuldrecht** (ed. a 2-a, Berlin 1969) § 44.

[101] Termenii art. 1147, 1148 Cod civil consacră în mod prea expres noţiunea subiectivă pentru a mai exista loc pentru o asemenea controversă.

[102] La fel, termenii art. 1218 *Codice Civile* consacră în mod expres noţiunea subiectivă a punerii în întârziere.

[103] *Almèn*, **Das skandinavische Kaufrecht** (Deutsche Ausgabe von Neubecker, Heidelberg 1922) I, 263; II, 249. §§ 21 Abs. I, 23, 24 Kaufgesetze.

[104] *Roy Granvile McElroy*, **Impossibility of performance** (Cambridge 1941) 121 şi urm.; *McNair*, **Frustration of Contract by War**, LQR 56 (1940) 205; **Halbury's Laws of England**, vol. 8, Nr. 280 şi urm.

[105] A se vedea *Rabel*, **Warenkauf**, I, 127 şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 69.

simpla neexecutare la scadenţă şi fără nici o punere în întârziere sau altă formalitate constituia o violare a contractului. Rigoarea principiului a fost progresiv atenuată de *Equity*. *Court of Chancery* a stabilit principiul că în materie de *mortgage* şi în câteva alte situaţii, o atenuare este adusă în caz de simplă întârziere atunci când aceasta nu este esenţială în ceea ce priveşte substanţa contractului[106]. Excepţiile au limitat principiul iniţial într-un asemenea mod încât scadenţa are o importanţă esenţială, iar întârzierea constituie un *breach of contract* ori de câte ori ea afectează o clauză esenţială, o *condiţie* a contractului. Condiţia rezultă din natura contractului[107] sau direct din voinţa părţilor dacă schimbarea este *of essence of contract*. Din 1841, dreptul englez a admis ideea potrivit căreia termenul este de esenţa însăşi a contractului în orice contract comercial.

Chiar în acest caz, în ciuda acestor diferenţe, compararea este posibilă, întrucât comparabilitatea este sigură. Paralelismul nu este nici instituţional, nici complet; el se reduce la o asemănare funcţională şi a rezultatelor, chiar dacă aşa numitul *delay* este o noţiune nediferenţiată, făcând parte din categoria generală de *breach of contract*.

28. Planul echivalenței funcționale și al rezultatelor

Compararea este posibilă chiar atunci când instituţii asemănătoare[108] au funcţii diferite, sau invers, când instituţii juridice deosebite au

---

[106] Ideea a fost reluată de s. 41 din Law of Property Act (1925).

[107] *Charterparties*, *building contracts*, etc.

[108] *Jhering* (**Geist des römischen Rechts**, Aalen, ed. a 10-a, 1968, I, 26) scria că dreptul, ca orice organism, poate fi privit dintr-un dublu punct de vedere: anatomic şi fiziologic. După el, scopul organelor se găseşte în funcţia lor (I, 48): "Auch hier führt also erst die Kenntnis der Funktion des Rechts zum Verständnis seiner Organe die Physiologie zum wahren Verständnis der Anatomie". în acest sens el preciza (I, 50, nota 19) că instituţii cu o structură anatomică diferită ar putea avea funcţii asemănătoare. Astfel, de pildă, legatele şi donaţiile *mortis causa*, cesiunea şi delegaţia, *cura* şi *tutela*. în sens invers, structurile pot fi asemănătoare atunci când funcţiile instituţiei juridice pot fi deosebite. Este evident că funcţiile poporului, ale Senatului şi ale magistraţilor nu mai erau aceleaşi la începutul Republicii romane şi în timpul Imperiului. *Jhering* precizase că la urma urmelor funcţiile instituţiilor juridice explică anatomia acestora. în acest sens (I, 48) el scrie: "Der Zweck der Organe liegt in ihren Funktionen, die Organe sind vorhanden, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben. Diesem Zweeck gemäss ist ihre ganze Organisation gestaltet. Wie dies vom physischen Organismus gilt, so auch von dem des Rechts. Auch hier führt also erst die Kenntnis der Funktionen des Rechts zum Verständnis seiner Organe, die Physiologie zum wahren Verständnis der Anatomie".

aceeaşi funcţie în două ordini juridice diferite[109]. Deja *Bevilaqua*[110] distingea asemănările organice ce alcătuiesc o omologie a organelor de similitudinile funcţionale care, prin intermediul instituţiilor morfologic diferite, ajung la funcţii[111] echivalente. Mai multe exemple[112] vor ilustra această afirmaţie.

Clauza - aur, deşi structural identică, poate avea funcţii diferite în diverse ordini juridice. Astfel, în dreptul francez ea constituie o clauză de ordine publică; interdicţia ei nu ocroteşte partea contractantă care a inserat-o în contract, ci moneda naţională. Din contră, în dreptul englez ea protejează părţile şi este de domeniul libertăţii contractuale. Ea este deci perfect valabilă şi constituie o problemă de interpretare a voinţei părţilor. Unitatea de structură a aceleiaşi instituţii este compensată de o diferenţă de funcţie, ducând la rezultate deosebite în cele două ordini juridice. Dar elementul comun există, iar compararea este posibilă. Altă dată se întâmplă invers: deosebirea structurală se compensează printr-o echivalenţă funcţională.

Astfel, oricare ar fi originea şi caracterul instituţiei elaborate de *Equity*, aşa numita *Specific performance* permite să se ceară, în dreptul englez, executarea în natură a unui contract, executare care, pentru ordinile de drept continentale, este un principiu general. Echivalenţa funcţiilor face posibilă compararea acestor termeni de comparat. Compararea[113] a arătat de asemenea că evenimentul liberator pentru debitor, în ceea ce priveşte răspunderea contractuală, poate să îmbrace forme şi structuri diverse. în dreptul francez evenimentul liberator îl

---

[109] A se vedea exemple la *Zweigert*, **Des solutions identiques par des voies différentes**, RIDC 1966, 5 şi urm.

[110] *Bevilaqua*, 39. A se vedea de asemenea *Ascarelli*, loc. cit. XI.

[111] Echivalenţa funcţională a avut nevoie de câtva timp ca să se arate în dreptul comparat. Probabil că juriştii americani (mai deschişi în ceea ce priveşte aspectul sociologic al dreptului) şi germani sunt cei care au subliniat cel mai mult importanţa elementului funcţional în actul comparării. Potrivit lui *Jerome Hall* (**Comparative Law and Social Theory**, Louisiana 1963, 10 şi urm.), *Wigmore* sublinia în 1931 necesitatea de a integra regula de drept în aşa numitul "background of the social and ethical and economic facts and ideas in which the system of law thrives at a particular period". încă înaintea lui *R. Pound* vorbea de "functional point of vue" ... "functional comparaison" fără totuşi a se folosi de această idee. Apoi îi vine rândul lui *Rheinstein*, influenţat de *Rabel*. A se vedea de asemenea *Esser*, 342, 351, nota 91 şi passim.; *Ficker*, 716; *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 96 şi urm. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 85.

[112] Pentru astfel de exemple, a se vedea de asemenea *Zweigert*, **Des solutions identiques par des voies différentes**, RIDC (1966) 5 şi urm.

[113] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 116 şi urm.

constituie forţa majoră[114] concepută ca un eveniment imprevizibil şi irezistibil. în dreptul german este imposibilitatea executării neculpabilă şi neimputabilă debitorului; în dreptul englez e vorba de *frustation*, înţeleasă în sensul ei cel mai larg[115]. Instituţii juridice diferite au în fiecare din cele trei ordini de drept aceeaşi funcţie juridică. Cele trei noţiuni, deosebite în ceea ce priveşte structura lor, sunt echivalente în privinţa funcţiilor şi ajung la rezultate practice aproape egale. Aşa se explică de ce, în pofida diversităţii structurale, există, în răspunderea contractuală a celor trei ordini juridice, o echivalenţă funcţională a termenilor de comparat. Fiecare din aceste noţiuni, diferite în formele şi originile lor, în concepţii şi domenii de aplicare, joacă acelaşi rol liberator ajungând la rezultate aproape identice. Aici se găseşte elementul comun, care asigură comparabilitatea acestor termeni de comparat. Dificultăţile de a sesiza echivalenţa funcţională sunt cu mult mai mari atunci când e vorba de instituţii juridice originale şi complexe care nu au echivalent în alte ordini juridice. Exemplul *trust* este cel mai cunoscut. Funcţiile acestui *trust*[116] în dreptul anglo-american sunt tot atât de multiple pe cât de variate. în ordinile juridice continentale, aceleaşi funcţii sunt realizate de o multitudine de instituţii complet deosebite[117]. Printre multe alte funcţii, *trust*-ul poate înlocui donaţiile sau legatele cu sarcină făcute de donatori sau testatori în favoarea unei persoane fizice sau juridice. Donatorul sau testatorul încredinţează adesea bunurile, lăsate moştenire sau donate, unui *trust*, al cărui *trustee* exercită în acelaşi timp funcţiile unui executor testamentar sau ale unei persoane ce veghează să fie respectată condiţia reprezentând sarcina grevantă sau donaţia. în toate aceste ipoteze, datorită echivalenţei funcţionale, compararea este posibilă.

În sens invers, diferenţe fundamentale apar pe planul funcţional sau pe cel al rezultatelor între ordinile juridice ale Sistemelor european şi *socialist*. într-adevăr, numeroase instituţii identice, comune sau

---

[114] În vederea discuţiei, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, op. cit., Nr. 148 şi urm.

[115] În vederea discuţiei, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, op. cit., Nr. 148 şi urm.

[116] *Underhill's*, **Law relating to Trust and Trustees** (London, ed. a 11-a de *Montgomery White* şi *Wells*, 1959); *Keeton*, **The Law of Trusts** (London, ed. a 7-a, 1957); *Lepaulle*, **Traité théorique et pratique des trusts** (Paris 1932); *Kötz*, **Trust und Treuhand** (Göttingen 1963); *R. Serick*, **Zur Behandlung des anglo-amerikanischen Trusts im Kontinentaleuropäischen Recht, Festschrift für Nipperdey** (München, Berlin 1965) II, 653 şi urm.; etc.

[117] *De Wulf*, **The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law** (Bruxelles 1965).

asemănătoare pe plan instituţional sau structural, se deosebesc profund pe planul funcţional[118], sau al rezultatelor.

Modul funcţional de a analiza rolul unei instituţii juridice nu se explică prin voinţa de unificare[119], ci prin victoria realului asupra formalismului instituţional precum şi asupra fetişismului conceptual, de care unii jurişti rămân încă ataşaţi. Ce este important în viaţa unei instituţii juridice este mai puţin forma şi structura sa, decât rolul real, funcţia veritabilă pe care ea o realizează şi rezultatele pe care le poate atinge.

În Sisteme structural îndepărtate unele de altele, ca de pildă Sistemele anglo-american şi islamic faţă de Sistemul european, tocmai echivalenţa funcţională[120] sau a rezultatelor este cea care fundamentează comparabilitatea termenilor de comparat instituţii, aparent foarte diferite. De aceea, orice studiu comparativ care ignoră acest aspect este în mod obligatoriu ratat; studiul este incomplet sau ajunge neapărat să dea o imagine falsă a instituţiei avute în vedere.

Într-adevăr, fiecare plan are însemnătatea lui. Aceste planuri (structural, funcţional[121], de conţinut[122], al rezultatelor) nu pot fi separate decât

---

[118] A se vedea **supra**, Nr. 23 şi **infra**, Nr. 39.

[119] Din aceste motive, opinia lui *Eörsi* (Nr. 3 şi 8) pare inexactă.

[120] Din ce în ce mai mult, juriştii subliniază acest aspect al comparabilităţii. Astfel, de pildă: *Langrod*, **Réflexions**, 369; *Ascarelli*, 58; *Esser*, 31, 46 şi urm., 102; *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 507; *Sandrock*, 67; *W.J. Wagner*, loc. cit.; *acelaşi*, **Research in Comparative Law; Some Theoretical Considerations, Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound** (Indianapolis - New York 1962) 551 şi urm.; *Häfelin*, 95; *McDougal*, 30 şi urm.; *R. David*, **Livre du Centenaire**, II, 147; etc. într-o oarecare măsură este ceea ce juriştii sovietici înţeleg prin *formă* şi *conţinut*. A se vedea *Loeber*, **Der Vertrag**, 40 şi urm.

[121] Termenul *funcţional* are nevoie de precizări: voga sa actuală, care, ca orice vogă ştiinţifică, se mulţumeşte adesea cu imitarea şi repetarea fără o chibzuinţă proprie a unor cuvinte cheie, riscă mai curând să adumbrească problema ce se vrea clarificată. Prin funcţie trebuie să înţelegem funcţia unei reguli sau instituţii juridice în ordinea juridică respectivă. Funcţia aceasta este importantă din trei puncte de vedere: mai întâi ca element susceptibil de a rezolva anumite aspecte ale comparabilităţii termenilor de comparat, cum am văzut adineauri. Apoi, ca să facă să se înţeleagă rolul exact al termenului de comparat în ordinea sa juridică. în cele din urmă, pentru a permite să se completeze analiza structurilor şi formelor terme nilor de comparat prin elementul esenţial în dreptul comparat: funcţia instituţiilor juridice. Totuşi, unii autori confundă aspectul funcţional cu cel sociologic. Examenul funcţional ar permite să se vadă care este problema socială pe care vrem s-o rezolvăm. Acest punct de vedere nu e decât în parte exact, deoarece fiecărei pro bleme juridice nu îi corespunde în chip necesar o problemă socială în înţelesul strict al termenului. Probleme juridice pot fi puse de probleme strict morale sau ideologice. A se vedea în această privinţă de asemenea *Zweigert-Kötz*, I, 43 şi passim şi *Caemmerer* şi *Zweigert*, **Livre du Centenaire**, II, 284 şi urm. Printre alte indicaţii în acest sens, autorii citaţi afirmă (292): "privind dreptul din punct de vedere

anevoie. De fapt, ele nici nu trebuie separate: examenul comparativ trebuie să le cuprindă pe toate, deoarece fiecare din ele nu reprezintă decât o altă faţă a aceleiaşi probleme. Desigur, o comparare făcută în scop practic se va interesa mai cu seamă de ultimul aspect al problemei. Există chiar o tendinţă, destul de vizibilă în Germania, de a pune accentul îndeosebi pe acest ultim aspect. Comparatişti pripiţi se interesează puţin de chestiunea de a şti datorită cărei concepţii, datorită cărui raţionament sau instituţii juridice, o ordine juridică străină a ajuns la rezultate echivalente. Totuşi, o aplicare corectă a metodei comparative necesită o comparare pe toate aceste planuri, fiindcă numai astfel se vor putea preciza adevăratele raporturi[123] care există între termenii de comparat precum şi întinderea exactă a asemănărilor şi deosebirilor constatate.

---

funcţional - ca reglementare a unei situaţii sociale - problemele juridice sunt identice în toate ţările; se pot pune pentru fiecare sistem juridic din lume aceleaşi întrebări şi se pot folosi aceleaşi măsuri, şi chiar atunci când e vorba de ţări în care formele societăţii sunt diferite sau care se găsesc într-un stadiu de evoluţie diferit...". Părerea aceasta, prea generală, ne pare eronată. Mai întâi şi îndeosebi fiindcă ea nu ţine cont destul de problemele *juridice şi sociale specifice* ce se pun în anumite Sisteme juridice precise. Unde există, de exemplu, identitatea problemelor juridice între dreptul german şi ordinile juridice *socialiste* privind libertatea individuală de a exploata o fabrică, de a întemeia un partid politic, de a avea un cont în bancă în străinătate, de a interpreta norma juridică după doctrina marxist-leninistă sau nu? S-ar putea da nenumărate alte exemple care infirmă afirmaţia că "problemele juridice sunt identice în toate ţările". în acest domeniu de asemenea punctul de vedere funcţional nu are valoare universală; el este limitat de funcţia unei instituţii, aşa cum ordinea juridică respectivă *concepe* această funcţie. Or, pentru elementele determinante şi pentru unele instituţii juridice pe care le influenţează în mod direct, funcţia aceasta este *cu adevărat* ne-comparabilă şi nu există un numitor comun, întrucât problemele juridice sunt specifice. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 119. într-adevăr, nu trebuie să uităm că în două Sisteme juridice diferite, unele probleme juridice sunt nu numai rezolvate ci şi *concepute* prin intermediul unor scări de valori diferite. (A se vedea **infra**, Nr. 82, 87). În sfârşit, între nevoia *socială* şi problema *juridică* nu există o relaţie de la cauză la efect nici directă nici unică. (A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 119). în ceea ce priveşte critica ambiguităţii noţiunii de "funcţionalism" a se vedea şi *V. Gessner*, **Soziologische Uberlegungen zu einer Theorie der angewanten Rechtsvergleichung**, RabelsZ 36 (1972) 229 (240 şi urm.). Pentru argumente în favoarea comparării funcţionale a se vedea *Ernst Kramer*, **Topik und Rechtsvergleichung**, 33 (1969) 9 şi urm.

[122] Delimitarea exactă a acestor noţiuni precum şi precizarea raporturilor lor nu este uşor de făcut. Pentru raporturile formei şi conţinutului unei instituţii juridice, problemă asupra căreia insistă juriştii Sistemului *socialist* (a se vedea **infra**, Nr. 39 şi *Loeber*, **Der Vertrag**, 40 şi urm., 30 şi urm.), distincţia nu are decât o valoare relativă. Astfel, unii autori (*Esser*, 346 şi urm. şi după el *Jakobs*, 115) disting scopul normei de funcţia sa. Totuşi, într-un anumit sens, scopul este implicat în funcţie, întrucât ultima nu poate fi precizată fără primul.

[123] A se vedea **infra**, Nr. 94 şi urm.

29. Cum se poate sesiza elementul comun care formează comparabilitatea ?

Comparabilitatea termenilor făcând parte din diverse ordini juridice se datorează faptului că între ei există un element comun. Diversitatea planurilor pe care elementele comune pot să apară, diferitele forme pe care le pot îmbrăca şi feluritele grade de intensitate pe care le pot avea explică dificultăţile de a le sesiza şi de a le preciza. Unii autori s-au gândit că, în realitate, elementul comun constă în unitatea problemei sociale ce se pune în acelaşi fel în mai multe ordini juridice[124]. Alţi autori au socotit că elementele comune pot fi sesizate pornind de la categoriile generale[125], de la instituţii comune[126], de la principii generale[127] sau de la o echivalenţă funcţională[128]. Alţi comparatişti au fost de părere că elementul comun se descoperă şi termenii de comparat se precizează pornind de la un caz concret[129], şi punându-se întrebarea cum rezolvă acest caz două ordini juridice. Astfel, de pildă, termenii de comparat se precizează punându-se întrebarea cum asigură două ordini juridice drepturile acţionarilor minoritari defavorabili fuziunii societăţii lor, prin absorbţie. Alţi autori, în sfârşit, au încercat să demonstreze superioritatea aşa numitului *factual approach*[130], înţeles de altminteri în chip diferit.

---

[124] A se vedea **supra**, Nr. 10. Adde. *Zweigert-Kötz*, I, 47; *Sandrock*, 67; etc.

[125] A se vedea **supra**, Nr. 22.

[126] A se vedea **supra**, Nr. 23.

[127] A se vedea **supra**, Nr. 24.

[128] A se vedea **supra**, Nr. 28.

[129] *Esser*, 342, 351, nota 91 şi passim; *Ficker*, 715. Consiliul de Stat, cu ocazia unei reuniuni bianuale (8-9 octombrie 1970) a membrilor jurisdicţiilor administrative supreme din ţările Pieţei Comune, a plecat de asemenea de la un caz concret. Într-adevăr, două cazuri contencioase, punând principalele probleme juridice ridicate de controlul intervenţiei economice a Statului, au fost expuse delegaţiilor naţionale ai căror raportori trebuia să arate cum erau judecate aceste cazuri în dreptul lor naţional. A se vedea études et documents, 1971 (fascicula Nr. 24, Paris, 1972).

[130] Avantajele comparării funcţionale şi ale aşa numitei *factual approach* sunt din ce în ce mai subliniate. *M. Rheinstein* (**Rechtshonorationen und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung**, RabelsZ 34, 1970, 1 şi urm.) scrie: "Der heutige Rechtsvergleicher geht funktionnel vor". Meritele aşa numitei *factual approach* sunt subliniate printre alţii de *K. Neumayer* (**Vertragsschluss durch Kreuzofferten, Festschrift Otto Riese** (Karlsruhe 1964) 311; *acelaşi*, **Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionnelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung**, RabelsZ 34, 1970, 422 şi urm.); şi de majoritatea colaboratorilor proiectului *Cornell Law School* (a se vedea lista: **Fomation of Contracts**, I, 62 şi urm.). *Schlesinger*, (**The Common Core**, 73 şi urm.) subliniază superioritatea acelei *Factual Approach* care face dintr-un *Segment of Life* termenul de comparat. *Schlesinger* admite totuşi că metoda aceasta nu este în opoziţie cu metoda funcţională, opinie întemeindu-se pe concepţia după care orice problemă juridică este expresia unei

În realitate, comparabilitatea presupune totdeauna la baza termenilor de comparat o unitate sau o echivalenţă a *problemelor juridice*[131]. Această unitate sau echivalenţă a problemelor juridice este determinantă pentru a stabili comparabilitatea[132], oricare ar fi forma[133], planul pe care apare elementul comun, ori intensitatea sa. Comparabilitatea există datorită unităţii sau echivalenţei problemelor ce se pun mai multor ordini juridice. Comparabilitatea există iar compararea este posibilă chiar atunci când unul din termenii de comparat nu cunoaşte, sau nu cunoaşte decât vag, problema pe care celălalt termen de

---

probleme sociale, ceea ce nu e în întregime exact. Admiţând că dreptul este un produs social, nu trebuie să credem că orice problemă juridică se reduce în mod obligatoriu la o problemă socială. între cele două nu există o corespondenţă perfectă. Excesele sociologiei juridice nu oferă cheia problemei. A se vedea **supra**, Nr. 10 şi **infra**, Nr. 83, 119. *Schlesinger* (**Formation of Contracts**, 32 şi urm.) a explicat din nou aşa numita *factual method*, astfel cum a fost aplicată în cadrul proiectului *Cornell Law School*. Fiecare chestiune din *Working Paper* a fost divizată şi ilustrată de o serie de cazuri concrete ("*fact situations*") luate din diverse hotărâri americane, engleze şi germane. Raportorii erau toţi obligaţi să arate cum şi cu ajutorul căror argumente aceleaşi chestiuni erau rezolvate de tribunalele şi de doctrina ordinilor juridice al căror examen le revenea; ei trebuia de asemenea să precizeze care era modul obişnuit de tratare a problemelor şi felul în care aceste fapte erau stabilite din punct de vedere procedural şi al probei. *Schlesinger* (32 şi urm.) nu ignoră că în unele domenii **'Error! Reference source not found.** are of institutional kind and heavily colored by the social and political peculiarities of different systems of communities". în ansamblu, examenul tuturor acestor aspecte pe care *Schlesinger* le atribuie lui "*factual method*" nu constituie o noutate. El face parte din aplicarea normală a metodei comparative. Nici un studiu comparativ valabil nu se poate limita la compararea textelor (**infra**, Nr. 48), nici să se mulţumească doar cu examenul aspectului legal (**infra**, Nr. 55 şi urm.), nici măcar cu aspectul juridic al termenilor de comparat (**infra**, Nr. 79 şi urm.). Orice studiu comparativ trebuie să examineze termenii de comparat în toate izvoarele juridice ale ordinii juridice respective (**infra**, Nr. 53) şi de asemenea şi *îndeosebi* în jurisprudenţă (**infra**, Nr. 58, 60) şi chiar în doctrină (**infra** Nr. 59). în studiul meu **Inexécution**, tocmai prin examenul probei (a neexecutării contractuale şi a culpei în principiul culpabilităţii) am putut să demonstrez diferenţele dintre dreptul francez şi german care, în aparenţă, se consideră ca pornind de la acelaşi principiu.

[131] *Salomon*, 41 şi urm.; *Binder*, 956 şi urm.

[132] Plecând de la ideea că diversele reguli juridice reprezintă încercări de soluţionara a unei probleme juridice identice, dar care sunt divergente între ele, *Salomon* (30 şi urm.) găseşte în unitatea problemelor baza comparabilităţii. El scrie: "Die Einheit des Problems ist es, die ihre Vergleichbarkeit gewährleistet; Rechtsvergleichung ist Vergleichung von Lösungen eines einheitlichen Problems". Formula este lapidară, însă soluţia e justă. în acelaşi sens *Schmitthoff*, 96.

[133] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 507; *Bernhardt*, 436; *Strebel*, 419; etc.

comparat o rezolvă în întregime[134]. în sfârşit, trebuie insistat asupra faptului că nicidecum comparabilitatea nu depinde de rezultatele comparării[135]. încă o dată, comparabilitatea trebuie să preexiste comparării care nu face decât să o verifice şi să o precizeze.

Pentru a preciza termenul de comparat, trebuie să examinăm diversele aspecte ale problemei ce se pun în termeni şi pe planuri foarte diferite. Un studiu comparativ privind problema societăţilor unipersonale nu se poate mulţumi să examineze doar constituirea originară a societăţilor unipersonale, aşa cum este ea reglementată în mod expres de lege[136]. Societăţi unipersonale pot rezulta şi din faptul că legiuitorul *a renunţat să impună* o pluralitate de membri în momentul constituirii societăţii[137]. Dar pentru a da o imagine exactă a termenului de comparat trebuie să examinăm modul în care legislaţia şi jurisprudenţa ordinii juridice avute în vedere privesc concentrarea tuturor acţiunilor într-o singură mână. Căci, dacă această concentrare este admisă, societatea unipersonală poate să se realizeze - în fapt - prin concentrare[138].

30. Intensitatea echivalenţelor

Elementele comune sau paralelismul termenilor de comparat pot căpăta intensităţi diferite. Ceea ce poate să meargă de la o vagă asemănare până la identitate, trecând prin echivalenţă şi similitudine.

Atunci când o instituţie juridică având aceeaşi structură şi aceeaşi funcţie ajunge la aceleaşi rezultate în două ordini juridice diferite se poate vorbi de o completă identitate a termenilor de comparat. Totuşi, particule juridice elementare aparţinând unor ordini juridice diferite pot juca rolul de termen de comparat, chiar dacă ele nu sunt legate printr-un raport de completă identitate[139]. într-adevăr, se poate ca elementul comun care le uneşte să ia doar forma similitudinii, a echivalenţei sau

---

[134] în cadrul ordinilor juridice ale statelor membre în CEE, controlul constituţionalităţii legilor, reglementat în amănunţime de dreptul german şi italian, nu dispune în dreptul francez decât de câteva elemente foarte timide şi categoric insuficiente. Compararea este totuşi utilă pentru a arăta contrastul dintre cele două soluţii şi a explica raţiunea lor de a fi; utilă şi pentru a pune în evidenţă neajunsurile şi meritele lor, pentru a le explica consecinţele şi cauzele. Se poate de asemenea ca problema care constituie termenul de comparat, reglementată legal într-o ordine juridică, să reprezinte o chestiune de fapt în alta.

[135] în acest sens, pe drept cuvânt, *Loeber*, **Der Vertrag**, 13.

[136] *Angelo Grisoli*, **La società con un solo socio.** (Padova 1971).

[137] Pe drept cuvânt, *Grisoli*, Nr. 26 şi urm.

[138] Pentru un examen amplu al problemei, a se vedea *Grisoli*, Nr. 46 şi urm.

[139] A se vedea **infra**, Nr. 27.

asemănării. Acestea pot să se manifeste pe planul formelor sau structurilor, al funcţiilor sau rezultatelor, sau pe mai multe planuri odată.

în acest fel, se pune problema pe care o putem denumi a intensităţii paralelismului termenilor de comparat; problemă pe care o vom regăsi la cea de-a treia fază a procesului metodologic[140]. Problema trebuie deosebită de aceea a planurilor pe care poate acţiona comparabilitatea.

Intensitatea similitudinii sau a echivalenţei poate de asemenea să varieze; ea există totuşi atunci când termenii se aseamănă prin unele elemente ale structurii lor, ale funcţiei lor sau ale rezultatelor practice la care ajung, şi aceasta chiar dacă, de altfel, elemente diferite apar pe unul sau pe altul din aceste planuri.

Cu toate acestea, elementul comun este sigur chiar atunci când termenii de comparat se găsesc într-un raport de echivalenţă sau de asemănare. Faptul că echivalenţa sau asemănarea se situează pe planul structural, funcţional sau al rezultatelor[141] sau doar pe unul din ele modifică locul şi natura raporturilor lor, dar nu lipseşte particulele juridice elementare respective de calitatea lor de termen de comparat.

[140] A se vedea **infra**, Nr. 94 şi urm. întinderea relaţiilor este în raport direct cu intensitatea echivalenţelor.

[141] A se vedea **infra**, Nr. 28.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul III

COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE

31. POZIȚIA PROBLEMEI

Problema comparabilităţii ordinilor juridice, în compararea modernă, a fost fie îngreunată, fie uşurată. A fost îngreunată din cauza incertitudinilor metodologice, datorită faptului că îndeosebi etnologia juridică nu punea comparabilităţii nici o condiţie prealabilă. Problema a fost uşurată prin faptul că după ce stabiliseră principiul potrivit căruia "trebuie să se compare numai lucruri comparabile"[1], comparatiştii s-au mulţumit cu afirmaţii incidentale şi nu s-au preocupat deloc să adâncească înţelesul acestui principiu.

Comparabilitatea termenilor de comparat reprezintă un prim aspect al acestei probleme; comparabilitatea ordinilor juridice, - al doilea. Într-adevăr, după definiţia dată, una din condiţiile fundamentale de aplicare a metodei comparative este că termenii de comparat trebuie să aparţină unor ordini juridice diferite. Prin confruntarea termenilor de comparat, metoda comparativă apropie, la urma urmei, ordini juridice diverse[2]. Interesul constă în faptul că fiecare societate organizată posedă propriul său mod de a concepe şi de a ordona juridic raporturile sociale şi că metoda comparativă vrea să obţină ceva care să depăşească simpla confruntare tehnică a termenilor de comparat. De altminteri, pe această cale pătrunde metoda comparativă în Ştiinţa dreptului comparat. Se vrea nu numai să se descopere cum ordini juridice diferite au conceput şi reglementat probleme juridice asemănătoare, dar şi care sunt structurile determinante ale ordinilor juridice comparate şi dacă ele aparţin, şi de ce, aceluiaşi Sistem juridic. Lucrul e

---

[1] Acest principiu este afirmat de numeroşi autori. A se vedea, de pildă, *v. Rauchhaupt* (15, 19 şi urm.) care cere să nu se compare decât *ordini juridice comparabile*.

[2] Trebuie precizat că, în ipoteza aceasta, este vorba de unul dintre efectele micro-comparării. Problema se pune cu totul altfel în macro-comparare. Această problemă va fi tratată în volumul al treilea.

posibil numai fiindcă metoda comparativă pune faţă în faţă ordini juridice diferite, deoarece ea luminează, cu o lumină mai vie, felul lor de a concepe şi de a dezlega aceleaşi probleme, spiritul lor şi tehnica lor juridică, în cele din urmă felul lor de a concepe dreptul ca şi sistemul de valori pe care dreptul respectiv este întemeiat.

32. Compararea necesită o pluralitate de ordini juridice

Compararea sistematică cere ca prin compararea a doi termeni de comparat să fie apropiate două ordini juridice. Această cerinţă metodologică dă un răspuns clar celor ce au susţinut[3], sau care susţin[4], că se poate aplica metoda comparativă în interiorul aceleiaşi ordini juridice.

Orice comparare internă[5] nu este decât o simplă comparare. Ea nu are nimic de a face cu compararea sistematică propriu-zisă şi încă mai puţin cu Ştiinţa dreptului comparat. Dacă se compară, de pildă, condiţiile de constituire a societăţilor comerciale cu cele ale societăţilor civile în dreptul francez, sau sistemul răspunderii civile cu cel al răspunderii administrative, tot în dreptul francez[6], ne slujim de comparare spre a face un studiu naţional de tehnică juridică, dar nu se aplică

---

[3] *Lambert* (**La Fonction**, 50 şi urm.) afirma că elveţienii, înainte de codificare, şi germanii, de-a lungul întregului secol al XIX-lea, au putut să facă drept comparat fără a ieşi din ţările lor. Înainte de codificarea din 1896, tratatele de drept civil german (*Deutsches bürgerliches Privatrecht, Deutsches Privatrecht*) erau adesea tratate de drept civil comparat, cu particularitatea că elementele de comparare erau aici furnizate exclusiv de numeroasele legislaţii ce-şi împărţeau teritoriul Germaniei. A se vedea de asemenea *Sauser-Hall*, 31 şi urm.

[4] În acest sens totuşi, *Erbe* (196, nota 3 şi 215) susţine părerea conform căreia compararea diverselor faze ale evoluţiei istorice a unei instituţii juridice în interiorul aceleiaşi ordini juridice constituie o aplicare a metodei comparative. În acelaşi sens, unii jurişti ai Sistemului *socialist*. De pildă *Posch* şi *Petev*, 96; *Knapp*, 76.

[5] La începutul secolului, se făcea deosebire între compararea *externă* şi cea *internă*. În acest sens *Sauser-Hall*, 23 şi urm., 34 şi urm. Dacă rămânem în cadrul aceleiaşi ordini juridice nu se face comparare în sensul propriu al termenului, *Gutteridge*, 25.

[6] *R. Chapus*, **Responsabilité publique et responsabilité privée** (Paris, 1954, adusă la zi în 1957). Interesul unor asemenea studii - şi excelenta carte a lui *Chapus* o dovedeşte - este sigur. Rămânând totuşi în interiorul aceleiaşi ordini juridice, compararea trebuie neapărat să se bazeze pe fundamentele acestei ordini juridice. Dezvoltarea celor două forme diferite de răspundere este explicată de diviziunea, fundamentală pentru dreptul francez, între jurisdicţiile civile şi cele administrative. Asupra acestui punct dreptul francez se deosebeşte de dreptul german, unde răspunderea publică este supusă dispoziţiilor prevăzute de BGB. Oricum, o asemenea comparare nu poate scoate la iveală decât opoziţii şi asemănări de natură tehnică.

metoda comparativă, în sensul ce ne interesează. Tot astfel, atunci când se compară aceeaşi instituţie juridică de-a lungul a două perioade diferite ale evoluţiei sale, în interiorul aceleiaşi ordini juridice, facem comparare istorică naţională sau pur şi simplu istorie a dreptului, însă nicidecum nu se aplică metoda comparativă propriu-zisă. În ipotezele acestea, cei doi termeni de comparat nu pun faţă în faţă două ordini juridice diferite, ci două momente diferite ale vieţii aceleiaşi ordini juridice. Nu se poate vorbi de o folosire a metodei comparative propriu-zise, nici de Ştiinţa dreptului comparat, atâta vreme cât prin termenii de comparat nu sunt puse faţă în faţă două ordini juridice diferite. Acesta este un principiu fundamental, care arată că scopul metodei comparative este compararea ca proces de achiziţie a cunoaşterii altor ordini juridice. Ce interesează mai ales nu sunt numai termenii de comparat, ci aceşti termeni de comparat ca produse ale unei alte ordini juridice, deci ale unui alt mod de a concepe aceşti termeni şi de a-i reglementa juridic. La urma urmelor, ceea ce se caută prin punerea faţă în faţă a ordinilor juridice diferite sunt termenii de comparat ca expresie a unei alte optici juridice, a unei alte forme de a gândi sau a unei alte scări de valori.

Dacă punerea faţă în faţă a mai multor ordini juridice[7] este - *per definitionem* - indispensabilă metodei comparative, să tragem oare de aici concluzia că toate aceste ordini juridice, în mod indistinct, pot fi comparate, sau că pentru a fi ele trebuie să îndeplinească anumite condiţii? Spre a fi puse faţă în faţă, ordinile juridice trebuie să fie ele *comparabile*? Dar cum pot ele îndeplini această condiţie? E nevoie să fie analoge în construcţia lor, să facă parte din acelaşi grad de civilizaţie[8], din aceeaşi familie juridică, să aibă aceeaşi structură economică? Sunt aici câteva întrebări cărora în general nu li s-au dat decât nişte răspunsuri destul de sumare[9]. Totuşi, problema comparabilităţii complexelor[10] cărora le aparţin termenii de comparat a fost pusă în alte

[7] În acest sens *Fontana*, 141; *Sauser-Hall*, 34 şi urm.; *Strebel*, 406; *v. Rauchhaupt*, 150.

[8] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 29, 39.

[9] A se vedea *Bernhoeft*, **Uber Zweck und Mittel der Vergleichenden Rechtswissenschaft**, ZvglRwiss, 1 (1878) 27 şi urm.; *A. Esmein*, **Le droit comparé de l'enseignement du droit comparé, Rapport présenté au Congrès international de droit comparé**, BSLC 29 (1900) 373 = (**Procès-Verbaux**) I, 451; *Kohler* (**De la méthode du droit comparé, Procès-Verbaux**, I, 231) vrea să limiteze compararea la ordinile juridice ale popoarelor ce au atins acelaşi grad de civilizaţie; *Lambert*, **La Fonction**, 895 şi urm.; *Kaden*, 18; etc.

[10] Pentru simplificare, se va folosi termenul de ordine juridică având totuşi prezent în minte faptul că în trecut aceste ansambluri juridice nu aveau nici acelaşi sens, nici aceeaşi structură pe care le au ordinile juridice moderne. În ceea ce priveşte celelalte ştiinţe, se va întrebuinţa termenul de *complex*, ca echivalent a ceea ce ordinea juridică este pentru metoda comparativă aplicată în domeniul dreptului.

ştiinţe şi discipline care au întrebuinţat metoda comparativă. Totodată, aceste ştiinţe erau departe de a bănui necesitatea metodologică de a compara, prin cei doi termeni de comparat, cele două complexe din care aceştia fac parte. Interesul acesta metodologic nu s-a ivit decât progresiv. Spre a înţelege mai bine cum trebuie să fie pusă şi rezolvată actualmente această problemă în domeniul juridic, e de folos să examinăm pe scurt cum a fost ea pusă şi rezolvată în alte ştiinţe şi discipline.

33. COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE ÎN ETNOLOGIA JURIDICĂ

Prin folosirea ei frecventă în a doua jumătate a secolului al XIX-lea în Germania, etnologia juridică[11] a îngăduit o largă răspândire[12] a metodei comparative. Ea i-a dat o nouă orientare, fără totuşi a pune problema metodologică ce ne preocupă[13]. Prin postulatele sale, etnologia juridică nu lăsa atunci nici un loc, în câmpul comparării, pentru introducerea ordinilor juridice, ca unităţi globale. Într-adevăr, ea nu dădea nici o însemnătate aspectului istoric al societăţilor omeneşti. Unitatea naturii umane, postulatul său fundamental, o făcea să creadă în uniformitatea evoluţiei întregii omeniri.

Accentul era pus pe paralelismul şi pe concordanţa instituţională, fără să se ţină seamă de ordinile juridice şi de diferenţele lor istorice, în spaţiu şi în timp. Se poate afirma că, din punct de vedere metodologic, numai comparabilitatea termenilor de comparat era luată în considerare. Comparabilitatea complexelor sau a ordinilor juridice era, ca să zicem astfel, ignorată ca lipsită de importanţă sau ca inexistentă: importanţa şi existenţa lor se pierdeau în evoluţia umanităţii întregi. Etnologia juridică tindea să desprindă instituţiile juridice comune rezultând din evoluţia omenirii, şi nicidecum să compare termeni de comparat aparţinând dreptului unor popoare istoric diferite. De altminteri, ideea diversităţii popoarelor sau a civilizaţiilor, ca suport al ordinilor

---

[11] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 50 şi urm.

[12] *Kaden*, 26; *Schnitzer*, I, 147 şi urm.

[13] La începutul acestui secol, *Hauser* (**L'Enseignement des Sciences sociales**, Paris 1903) şi *Simiand* (**Méthode historique et science sociale**, Revue de Synthèse, 1903) terminau dezbaterea lor asupra metodei în sociologie şi în istorie subliniind caracterul comparativ al celei dintâi şi caracterul monografic şi funcţional al metodei istorice. (Cf. *Lévy-Strauss*, **Anthropologie structurale**, Paris 1958, 4). Cu toate acestea, înfloririi etnografiei şi etnologiei în ultimii 40 de ani îi corespund mari dezbateri şi incertitudini în ceea ce priveşte metoda.

juridice, n-a preocupat-o în mod deosebit. Pe de altă parte, s-ar putea afirma că, comparabilitatea ordinilor juridice era în mod necesar presupusă şi implicit rezolvată, deoarece societăţile omeneşti erau considerate ca alcătuind un ansamblu unitar, trecând în mod necesar prin aceleaşi faze de evoluţie. De fapt, pentru etnologia juridică, unitatea termenilor de comparat era infinit mai importantă, iar paralelismul lor era asigurat de postulatul teoriei după care aceluiaşi stadiu de evoluţie istorică îi corespundea pentru toate societăţile omeneşti un ansamblu de arhetipuri instituţionale, sociale şi juridice ce se regăseau pretutindeni şi întotdeauna[14]. Cu toate acestea, după ce va fi desprins existenţa lor şi după ce va fi indicat - de altfel cu multă fantezie - structura lor, etnologia juridică ajungea la un fel de tipologie instituţională care, aparent, oferea comparării o bază foarte trainică. Îi era destul să se bizuie doar pe paralelismul termenilor de comparat, şi să ignore paralelismul ordinilor juridice, teoria evoluţiei[15] făcând restul. Această lipsă de înţelegere a realităţii istorice constituie un alt mare defect metodologic al metodei comparative în etnologia juridică.

34. Compararea ciclurilor sau a ariilor culturale

Reacţia împotriva evoluţionismului uniliniar vine din partea mai multor curente care, de altminteri, se combină şi se amestecă între ele. Încă *Tylor*[16] începuse să descompună complexele culturale în elemente izolabile[17] şi încercase să precizeze legăturile existente între aceste elemente[18]. Mai târziu, odată cu teoria ciclurilor sau a ariilor culturale care explică asemănările prin legături de răspândire, reacţia a devenit foarte clară. Acest curent, produs de asemenea al abstracţiei, nu era interesat de comunităţi, cicluri sau arii, ci de asemănarea elementelor care le compuneau.

---

[14] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 51 şi urm.

[15] *Bachofen*, dar mai ales *Lewis H. Morgan* (1818-1881) sunt socotiţi principalii reprezentanţi ai evoluţionismului uniliniar. Acesta din urmă a avut o mare influenţă asupra gândirii lui *Marx* şi mai ales *Engels* care în lucrarea sa **Origine de la famille, de la propriété et de l'Etat** (Zürich 1884) se referă adesea la acesta, îndeplinind dorinţa lui *Marx*, care vroia să se facă o sinteză între teoriile marxiste şi teoriile lui *Morgan*.

[16] *E. Burnett Tylor* (1832-1917).

[17] *E. B. Tylor*, **Researches into the early History of Mankind and the Development of Civilization** (London 1865) şi îndeosebi în lucrarea sa: **Primitive Culture** (London 1871; ed. a 7-a, New York 1924) I, 7.

[18] Termenii de comparat în terminologia folosită aici.

La început, etnologia juridică, antropologia şi istoria religiilor începuseră prin a ignora structurile istorice şi culturale. Tocmai prin reacţie la aceasta, mai târziu, importanţa metodei istorice a fost subliniată. Cu *Graebner*, etnologia istorică a pus în valoare ariile culturale (*Kulturkreise*). Cu *Wilhelm Schmidt*[19], ideea structurilor istorice va pătrunde în istoria religiilor. *Pettazzoni*, ca să nu-l citäm decât pe el, stăruise asupra caracterului istoric al oricărei creaţii religioase. Pe de altă parte, el refuza să se mărginească la examinarea unei singure religii.

Ideea răspândirii, introdusă de *Ratzel*, a fost adâncită de *F. Graebner* şi *Wilhelm Schmidt*. Curentul era conştient de nevoia introducerii dimensiunii temporale în etnologie. Aceşti autori au dezvoltat o metodă istorico-culturală care explica asemănările formelor de viaţă şi echivalenţele culturale prin ideea de răspândire, idee, pentru ei, fundamentală şi aproape exclusivă. Această concepţie, ce caracterizează un întreg curent în etnologie şi în sociologie, a influenţat de asemenea istoria comparată a dreptului. Asemănările între instituţiile juridice sunt explicate prin ideea de receptare şi de imitaţie.

După ce va fi comparat elemente, forme şi instituţii, aparţinând diverselor *Kulturkreise*, *Ratzel* ajunge la ideea că paralelismul şi asemănarea lor erau datorate istoriei ariilor culturale şi nu unităţii prestabilite a unei evoluţii comune. *Ratzel* a examinat în ce măsură cauzele lor se datorau înrudirii, împrumuturilor şi migraţiilor popoarelor. Interpretarea *difuzionistă* începea să înlocuiască explicaţia *evoluţionistă*. Ca urmare, ideea de *Kulturkreise* şi-a rafinat metoda[20], dar nu a izbutit să-şi învingă principalele ei lipsuri[21].

Plecând de la paralelismul elementelor, al formelor şi instituţiilor existente în diverse *Kulturkreise*, acest curent a făcut din studiul raporturilor lor reale, datorate originii comune, înrudirilor, migraţiilor popoarelor şi împrumuturilor, principalul obiect al cercetării etnologice. Unităţile de bază nu mai erau alcătuite de umanitatea întreagă, ci de *ariile culturale*. Totuşi, noţiunea aceasta, foarte contestabilă, a avut

---

[19] *Wilhelm Schmidt*, **Der Ursprung der Gottesidee** (Münster, 1912-1955) 12 volume.

[20] Îndeosebi mulţumită lui *Leo Frobenius*, **Der Ursprung der afrikanischen Kulturen** (Berlin 1898); *Graebner*, **Methode der Ethnologie** (Heidelberg 1911); *B. Ankermann*, **Kulturkreise und Kulturschichten in Afrika**, Zeitschrift f. Ethnologie, 37 (1905) 54 şi urm.; *Schmidt-Koppers*, **Völker und Kulturen** (I. Teil, **Gesellschaft und Wirtschaft der Völker**, Regensburg, 1924).

[21] A se vedea o critică de ansamblu la *Koschaker* **(Recueil Lambert)** I, 276 şi urm.

dificultăţi în precizarea conţinutului său[22], în desprinderea caracteristicilor sale şi în delimitarea geografică a diverselor sale domenii. De altfel, modul arbitrar al delimitării geografice şi modul divergent în care unii precursori concepuseră aceste *Kulturkreise* explică şi critica şi primirea mai curând sceptică ce le-a fost făcută[23]. Oricum, nici o limită, geografică sau materială, nu fusese pusă comparării, care putea să fie făcută între toate denumitele *Kulturkreise*. Comparabilitatea ariilor culturale se presupune prin însăşi existenţa lor.

Dificultăţi au apărut de asemenea atunci când a fost vorba să se pună de acord asupra termenilor foarte eterogeni de comparat ce sunt, ce pot fi constituiţi de arme, de modul de a clădi casele, de a construi obiectele, de tehnici, de rituri sau de credinţe religioase, de moravuri, de instituţii sociale sau juridice. Trebuie în fine precizat că, în etnologie, devenită o disciplină ce se ocupă de morfologia *ciclurilor culturale*[24], demersul metodei comparative este mai degrabă invers decât cel al ştiinţei juridice actuale. S-a plecat de la constatarea paralelismelor dintre elemente, forme şi instituţii, deci de la termeni de comparat în diverse cicluri, pentru a le explica originea. Ceea ce trebuia să permită descoperirea raporturilor istorice care leagă *ciclurile culturale* respective. Terenul acestei părţi a cercetării a fost foarte nesigur.

De altminteri, teoria denumitelor *Kulturkreise* n-a avut nici un ecou în ştiinţa juridică, ştiinţă care i-a rămas totdeauna străină[25]. Încercările lui *Trimborn*[26] şi ale lui *Winzer*[27] de a adapta teoria denumitelor *Kulturkreise* la etnologia juridică au rămas, în realitate, fără urmare.

---

[22] A se vedea totodată *Schmidt-Koppers*, 79 şi urm.

[23] *Thurnwald*, **Die menschlide Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen** (Berlin 1931) I, 12 şi urm.; *Radin*, **Social Anthropology** (New York, London 1932) 20 şi urm.; *Koschaker*, **Festschrift Hirt**, 147; *Rehfeldt*, **Grenzen der vergleichenden Methode in der rechtsgeschichtlichen Forschung** (Antrittsvorlesung der Rheinischen Friedrich - Wilhelm - Universität Bonn a.Rh.) 10, nota 7. Cele cinci arii culturale pe care *Frobenius* le distinge în Africa, ca şi sistematizările sale, au fost foarte contestate.

[24] Anglo-saxonii, mari promotori ai acestei ştiinţe, lasă să cadă în desuetudine termenul de etnologie, înlocuindu-l cu acela de *Social and Cultural Anthropology*. Antropologia socială "consacrându-se mai curând studiului instituţiilor considerate ca sisteme de reprezentări, şi antropologia culturală consacrându-se studiului tehnicilor şi eventual şi al instituţiilor considerate drept tehnici în slujba vieţii sociale" (*Lévy-Strauss*, 5).

[25] *Koschaker*, **Festschrift für Hirt**, 146.

[26] *Trimborn*, **Die Methode**, 416; *acelaşi*, **Grundsätzliches zur Methode der historischen Rechtsforschung**, ZvglRwiss 42 (1926) 1 şi urm.

[27] *Winzer*, **Das Recht Altmexikos**, ZvglRwiss 45 (1930) 326.

După cum a afirmat *Koschaker*[28], pe drept cuvânt, în starea actuală a cunoştinţelor noastre, teoria acelor *Kulturkreise* nu poate explica cu nimic existenţa paralelă a instituţiilor juridice ca, de pildă, răzbunarea şi azilul, răspândite pe întreg pământul, sau dreptul feudal[29], cunoscut în Europa, în ordinile juridice vechi din Orient, din Orientul Îndepărtat, sau garanţia, cunoscută în dreptul popoarelor germanice, slave, greceşti şi babiloniene. *Trimborn*[30] consideră că incapacitatea dreptului comparat de a profita de metoda istorică în elaborarea unei istorii universale a dreptului se datorează lipsei de contact cu etnologia precum şi obişnuinţei de a examina în mod izolat fenomenul juridic. E ceea ce l-a făcut să ignore raporturile dreptului cu ceilalţi factori şi cu celelalte elemente ale civilizaţiei[31]. Acest autor[32] e de părere că ştiinţa dreptului comparat ar trebui să profite de teoria acelor *Kulturkreise*. Cred totuşi că ea nu va putea să facă acest lucru atâta timp cât denumitele *Kulturkreise* vor fi aparţii tot atât de vagi şi de nesigure. Defectul principal al acestei teorii este de a fi un produs al abstracţiei la fel ca şi ideea *stadiilor de evoluţie*[33]. Din punct de vedere metodologic, aceasta are drept urmare că unităţile din care fac parte termenii de comparat, *ariile culturale*, constituie unităţi vagi, imprecise şi îndoielnice. Astfel, al doilea element necesar al comparării, în sensul definiţiei date, lipseşte aici. Ceea ce explică de asemenea incertitudinile în ceea ce priveşte scopurile acestei cercetări. Deşi teoria acelor *Kulturkreise* dă impresia aceasta, *difuzionismul* nu ajunge, în acest domeniu, să îndrepte greşelile *evoluţionismului*[34].

Aportul curentelor ulterioare etnologiei în problema ce ne interesează a fost încă şi mai redus. *Franz Boas*[35] şi *R. H. Lowie*[36] refuză orice

---

[28] *Koschaker*, loc. cit., 147.

[29] A se vedea totuşi *O. Hintze* (**Gesammelte Abhandlungen**, Leipzig 1941, I, 90 şi passim) care vede în feudalitate un stadiu necesar în evoluţia naturală a popoarelor.

[30] *Trimborn* (**Grundsätzliches**, 20) stăruie asupra faptului că etnologia şi dreptul sunt ştiinţe complementare, căci, într-un sens foarte general, şi din punctul de vedere al istoriei civilizaţiilor, etnologia cuprinde şi etnologia juridică.

[31] Este evident că unul din principalele defecte ale micro-comparării este de a ignora raporturile fenomenului juridic cu factorii sociali, ca şi adevăratele relaţii existente între termenul de comparat şi ordinea juridică respectivă. A se vedea **infra**, Nr. 79 şi urm.

[32] *Trimborn*, **Grundsätzliches**, 6.

[33] *Lévy-Strauss*, 8.

[34] *Lévy-Strauss*, loc. cit.: "În privinţa aceasta, interpretările difuzioniste şi evoluţioniste au multe în comun. *Tylor* le formulase şi le aplicase de altfel punându-le una lângă alta".

[35] *Franz Boas* (1858-1942).

idee de evoluţie şi orice sinteză prematură. Ei îşi îndreaptă efortul către analiza diferitelor forme culturale, expresie a polimorfismului civilizaţiilor, fără a se îngriji de a le preciza[37]. Aportul lui *Malinowski* este important, nu numai pentru metodologia anchetei, ci şi prin interpretarea sa funcţionalistă a datelor sociale. Dacă *Malinowski* stăruie asupra unităţii organice care leagă laolaltă toate elementele unei civilizaţii (care trebuie să poată fi explicată doar în perspectivă sincronică) nu e mai puţin adevărat că el manifestă un dispreţ cert faţă de datele istorice. În concepţia lui *Freud*, grupul social, sau diferitele societăţi, nu joacă nici un rol: psihanaliza etnologică nu este decât transpunerea rezultatelor dobândite în legătură cu individul omenirii întregi. În definitiv, *Freud* ignoră orice dimensiune temporală şi istorică a societăţilor omeneşti, tratând specia ca pe individ. Încă în opera lui *Frobenius* şi *Boas* se găsea ideea clasificării tipurilor culturale. Dezvoltat între cele două războaie, acest curent care vrea să reducă varietatea culturilor la nişte tipuri bine caracterizate se mulţumeşte să le descrie profilurile culturale. Se poate trage concluzia că, în etnologie, importanţa comunităţilor sau societăţilor omeneşti, a *ariilor culturale* sau a civilizaţiilor este, în general, foarte mărginită. Ceea ce predomină este interesul faţă de elementele comparate.

35. COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE ALE POPOARELOR INDO-GERMANICE

În Germania, un alt curent istorico-juridic a luat altă cale. Influenţat de lingvistica comparată[38], acest curent voia să ajungă, prin aplicarea metodei comparative, să reconstituie dreptul poporului primitiv indogermanic[39]. Istoricii dreptului se gândeau să ajungă la acest rezultat prin compararea instituţională a ordinilor juridice ale popoarelor indogermanice, tot astfel cum lingviştii încercaseră să reconstituie limba

---

[36] *Lowie* nu credea că era necesar să se examineze elemente istorico-geografice pentru a înţelege analogiile dintre societăţile îndepărtate.

[37] A se vedea totuşi articolul lui *A.L. Kroeber* (1876-1960) asupra limitărilor metodei comparative în antropologie (1917) şi controversa sa cu*Boas* asupra valorii comparatismului istoric.

[38] Prin compararea limbilor aparţinând aceleiaşi familii lingvistice se vroia reconstituirea limbii originare comune. În toate ştiinţele sociale, în secolul al XIX-lea, căutarea *unităţii originare* era primordială. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47.

[39] Între alţii: *Bernhoeft*, **Uber die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern**, ZvglRwiss 2 (1880) 253; *Jhering*, **Vorgeschichte der Indoeuropäer** (Leipzig, 1894).

indo-germanică originară plecând de la compararea limbilor ce derivau din ea[40].

În ipoteza aceasta, comparabilitatea ordinilor juridice rezulta din faptul că popoarele avute în vedere făceau parte din acelaşi complex rasial şi lingvistic. Aparţinând aceleiaşi rase şi vorbind aceeaşi limbă, poporul indo-germanic originar trebuia neapărat să fi avut aceleaşi instituţii juridice[41]. Prin compararea ordinilor juridice derivate şi mai recente, trebuia să se ajungă la reconstituirea dreptului originar. Cel mai bun exemplu în acest sens ni-l dă *Leist*[42] care îşi propunea să reconstituie vechiul drept comun (*Stammrecht*) al poporului originar (*Stammvolk*)[43], acesta reunind în aceeaşi comunitate populară şi juridică popoarele grec şi italic, înainte de despărţirea lor în două popoare diferite. *Leist* pleca de la ideea că, printre popoarele vechi, aceste două popoare erau reunite prin cea mai strânsă înrudire, consecinţă a unei comunităţi de rasă, de existenţă şi de forme de viaţă socială şi juridică[44]. În ciuda contactului acestor Arieni ai sud-estului european cu popoare semite, hamite şi cu alte popoare din spaţiul mediteranean, *Leist* refuza[45] să înglobeze dreptul lor în câmpul investigaţiilor sale. Motivele hotărârii sale n-au fost expuse, dar nu par a fi de natură metodologică. Alţi autori, totuşi, au criticat comparările ce înglobau ordinile juridice ale popoarelor neînrudite prin rasă sau prin civilizaţie[46-47]. Cu alte cuvinte, pentru ei, comparabilitatea ordinilor juridice rezultă din înrudirea de rasă sau din unitatea de civilizaţie, ceea ce din punct de vedere metodologic este inexact.

---

[40] *Koschaker*, loc. cit., 150; *acelaşi* (**Recueil Lambert**) I, 275; *Schnitzer*, I, 13 şi urm.

[41] În privinţa aceasta *Leist*, **Gräco-italische Rechtsgeschichte**, 30.

[42] *Leist*, op. cit.

[43] Era aplicarea ideii - prezentă de atunci mereu în istoria comparată a dreptului sau a *ciclurilor culturale* - că existenţa aceloraşi instituţii juridice şi sociale, la popoare înrudite prin descendenţa dintr-un autor comun, reîntăreşte prezumţia că aceste instituţii existau deja la poporul originar considerat ca autor comun. A se vedea *Rehfeldt*, 5.

[44] Ipoteza aceasta nu era în nici un fel dovedită.

[45] *Leist*, 10.

[46] Prin acest argument *Schönbauer* (**Zur Frage des Liegenschaftserwerbs im Altertum: Das Recht der Kartographie, Atti del IV Congresso internazionale di papirologia**, Milano 1936, 442) condamnă compararea dreptului egiptean cu dreptul germanic. De fapt, el admite asemenea comparări ca mijloc de cunoaştere. El nu îl urmează pe *Rabel*, deoarece este de părere că pentru a umple o lacună într-o ordine de drept nu se pot lua elemente dintr-o alta decât dacă este vorba de ordini juridice rasial sau cultural înrudite sau atunci când e vorba de o receptare deja dovedită. Or, nu există astfel de raporturi între dreptul egiptean şi cel germanic.

[47] În acest sens, în general, *Rehfeldt*, 5.

Scopul aplicării metodei comparative era ambiţios: reconstituirea dreptului indo-germanic; rezultatele au fost modeste întrucât istoricii dreptului săvârşeau două greşeli metodologice. Prima era de a uita că rezultatele dobândite prin metoda comparativă în lingvistica indo-germanică se datorau certitudinii termenilor de comparat şi că această certitudine nu exista pentru instituţiile juridice[48]. Asemănarea sau paralelismul instituţiilor juridice constatate la diverse popoare indo-germanice nu se explică în mod necesar şi numai prin descendenţa dintr-un autor comun. Împrumuturi străine, receptări sau creaţii spontane constituie explicaţii tot atât de valabile pentru aceste concordanţe şi paralelisme[49]. A doua, şi poate greşeala cea mai de seamă, era de a vrea să reconstitui instituţii juridice pornind de la ipoteze. Asta însemna să speculezi în abstract şi nu să construieşti în concretul istoric. De altminteri, însăşi lingvistica comparată, deşi lucrând pe un teren mai trainic, a renunţat să reconstituie limba originară comună a poporului indo-germanic.

În realitate, nu există nici o piedică pentru a compara ordinile juridice indo-germanice cu cele ale altor popoare[50]. Din punct de vedere metodologic, nu există nici o necesitate, şi chiar nici un avantaj, aşa cum s-a crezut[51], de a limita compararea la ordini juridice înrudite rasial. Alegerea ordinilor juridice ce se compară depinde bineînţeles de scopul urmărit de comparatist. În ipoteza aceasta, eliminarea anumitor ordini juridice nu este urmarea lipsei lor de comparabilitate. De altfel, orientarea luată după aceea de istoria dreptului dovedeşte că toate ordinile juridice istorice sunt, prin ele însele, comparabile. *Wenger*[52], ca

---

[48] În acest sens, în general, *Rehfeldt*, 5.

[49] *Koschaker*, **Festschrift für Hirt**, 151, 152; *acelaşi* **(Recueil Lambert)** I, 279.

[50] Şi aceasta chiar dacă se vroia reînvierea acestei ramuri de cercetare. Compararea cu dreptul popoarelor aparţinând altor familii şi rase poate permite unele verificări, constatarea unor asemănări ce se explică prin creaţia spontană, prin împrumut şi nu prin înrudire, sau permite să se stabilească alte ipoteze explicative.

[51] *Erbe* (210) crede în mod greşit că actul comparării ce urmăreşte să desprindă dreptul germanic trebuie să se limiteze la compararea ordinilor juridice ale popoarelor germanice. Poziţia lui *Rehfeldt* (10 şi 15) pare puţin clară şi chiar contradictorie. De altfel, acest punct de vedere limitativ se găseşte infirmat de studii comparative ce au înglobat anume în câmpul cercetărilor ordini juridice neînrudite. A se vedea exemplele date de *Koschaker* **(Recueil Lambert)** I, 275, nota 4 precum şi propria sa afirmaţie (loc. cit., 281): "Pot să afirm din experienţă că n-aş fi pătruns niciodată în dreptul cuneiform dacă nu l-aş fi comparat cu ordinile juridice germanice".

[52] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 9 şi urm. A se vedea de asemenea *Evaristo Carusi*, **Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale** (Roma 1917).

şi partizanii îndemnului pe care el l-a dat studiilor istorice, limitau compararea la ordinile juridice ale *spaţiului* mediteranean, pentru a descoperi influenţa lor reciprocă, precum şi raportul lor cu dreptul roman[53]. Aceasta a făcut să se stârnească discuţia, susţinătorii acestui curent refuzând să înglobeze alte ordini juridice în comparare[54]. În realitate, e vorba aici de o neînţelegere întrucât se transformă în regulă metodologică o limitare ce rezultă din scopul cercetării. Faptul că actul comparării este mărginit la complexul ordinilor juridice mediteraneene se explică prin scopul fixat şi nicidecum printr-o necesitate metodologică. Faptul de a vrea să desprinzi, prin comparare, adevăratele raporturi existente între ordinile juridice vechi ale *spaţiului* mediteranean nu înseamnă câtuşi de puţin că trebuie limitată compararea numai la aceste ordini de drept. Compararea cu alte ordini juridice, ca de pildă, cu cele germanice, poate lumina mai bine unele raporturi, făcând să răsară alte ipoteze, aducând lămuriri unor anumite concordanţe sau paralelisme. De altfel, orice speculaţie abstractă asupra acestei probleme metodologice trebuie să se oprească în faţa dovezii concrete, în sens contrar, aduse de diverşi istorici ai dreptului[55] care au practicat astfel de comparări. În realitate, comparabilitatea ordinilor juridice nu depinde de apartenenţa popoarelor avute în vedere la o aceeaşi familie, rasă sau civilizaţie. O astfel de limitare este din punct de vedere metodologic nejustificată. Nu există nici un obstacol de ordin ştiinţific sau metodologic pentru a compara anumite ordini juridice sau a limita această comparare la ordinile juridice ale unei anumite familii sau rase. Aici, ca şi în altă parte, ordinile juridice sunt comparabile, iar eliminarea unora dintre ele se datorează alegerii făcute de comparatist în funcţie de scopul comparării sau de ceea ce el vrea să atingă.

---

[53] *Koschaker* (**Uber einige Probleme des Eherecht im Lichte der vergleichenden Rechtsgeschichte**, DtRwiss 4, 1939, 67 şi urm.) pune problema de a şti dacă excluderea dreptului germanic se împacă cu acest scop.

[54] *Wenger* se exprimă în acest sens în mai multe rânduri. *Schönbauer* (**Atti del IV Congresso internazionale di papirologia**, 442) vrea să limiteze compararea la ordinile juridice ale popoarelor înrudite prin rasă sau prin civilizaţie. Pentru un rezumat al chestiunii ca şi pentru respingerea acestui punct de vedere, a se vedea *Koschaker* (**Recueil Lambert**) I, 275 şi urm.

[55] A se vedea autorii citaţi de *Koschaker* (**Recueil Lambert**) I, 275, nota 4 precum şi propria sa afirmaţie, citată la nota 51.

36. COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE DE NATURĂ ETNOLOGICĂ ŞI ISTORICĂ

Delimitarea obiectelor şi domeniilor de cercetare ale etnologiei juridice pe bază comparativă pe de o parte, şi a comparării ordinilor juridice istorice pe de altă parte, este greu de făcut pentru că ea este tributară mai multor incertitudini. Prima este de a şti dacă etnologia înglobează toate popoarele de pe pământ sau numai pe cele ce nu fac parte dintre popoarele istorice[56]. De la *Adolf Bastian*, această ultimă restricţie era dominantă în Germania[57]. Ea a fost luată în discuţie mai târziu, întrucât s-a recunoscut că opoziţia dintre *popoare civilizate* şi *popoare primitive* era arbitrară[58]. Totuşi, opoziţia dintre popoarele istorice şi ne-istorice sau etnologice nu e mai clară; ea a fost întrebuinţată în lipsă de alţi termeni mai buni. A doua ipoteză era de a şti dacă studiul etnologic trebuia să se mărginească la anumite manifestări ale vieţii acestor popoare. Etnologia juridică este acea parte din etnologie care examinează dreptul popoarelor etnologice. Termenul acesta este datorat lui *Post* şi lui *Kohler*[59]. La început, etnologia furniza toate materialele de cercetare etnologiei juridice; apoi, aceasta din urmă devenise ea însăşi obiect de cercetare pentru etnologie. Bineînţeles, raporturile dintre cele două nu sunt foarte precise[60]. Pe de altă parte, etnologia cere examinarea tuturor aspectelor vieţii sociale, a economiei, până la artă, trecând prin religie şi sociologie[61]. Etnologia juridică a fost tratată totdeauna de juriştii ca o ramură a ştiinţei juridice al cărei scop era de a descoperi istoria evoluţiei dreptului[62]. *Kohler* nu reducea

---

[56] *Max Schmidt*, **Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie**, ZvglRwiss 37 (1919) 354.

[57] *Max Schmidt*, 355 şi urm. A se vedea de asemenea *J. Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 29 şi urm.

[58] *Max Schmidt* (359) are dreptate atunci când plasează în principiu popoarele etnologice în afara civilizaţiei europene. Totuşi, definiţia pe care el o dă (361) etnologiei juridice, ca ştiinţă ocupându-se de dreptul popoarelor ce se situează dincolo de civilizaţia europeană, este falsă. Mai întâi, dacă ne gândim la Japonia care, din punct de vedere material, a împrumutat mult din Europa; apoi, dacă nu pierdem din vedere că numeroase civilizaţii, ca civilizaţia chineză, sunt extra-europene, dar sunt istorice şi atât de dezvoltate încât ele nu aparţin şi nu au aparţinut etnologiei.

[59] *Adam*, **Josef Kohler und die vergleichende Rectswissenschaft**, ZvglRwiss 37 (1919) 17.

[60] *Adam*, 18; *Max Schmidt*, 368. În privinţa raporturilor etnologiei juridice cu etnologia şi cu ştiinţa juridică a se vedea *Adam*, 17 şi urm.; *Max Schmidt*, 355.

[61] *Adam*, 18; *Max Schmidt*, 358 cu bibliografie complementară. Pentru diferenţele dintre sociologie şi etnologia juridică a se vedea *Carbonnier*, op. cit., 29 şi urm.

[62] *Adam*, 19.

etnologia numai la aprecierea faptelor juridice importante; el le integra în ansamblul elementelor materiale şi spirituale ce alcătuiesc acea *Kultur* a popoarelor respective.

Problema principală care se pune este de a şti dacă se pot compara ordini juridice dintre care unele fac parte din lumea modernă sau din istorie, iar altele aparţin preistoriei sau etnologiei, dacă putem, în aceste ultime cazuri, să vorbim de ordini juridice. Toate aceste ştiinţe s-au lovit de această problemă metodologică. Deosebirea dintre popoarele zise *primitive*, al căror studiu al instituţiilor este de domeniul etnologiei, şi popoarele vechi, al căror studiu al instituţiilor este apanajul comparării ordinilor juridice vechi, constituie un progres faţă de etnologia juridică în care dreptul *popoarelor primitive* şi dreptul popoarelor vechi erau comparate în mod nediferenţiat. Etnologia poate să examineze moravurile diverselor triburi şi populaţii şi să încerce să desprindă semnificaţia lor juridică; sociologul poate examina moravurile societăţilor şi să precizeze însemnătatea lor juridică sau influenţa lor în domeniul dreptului. A compara însă moravuri juridice ce ţin de etnologie cu instituţii ce ţin de ordini juridice moderne înseamnă a face adesea o falsă aplicare a metodei comparative. Ordinile juridice puse faţă în faţă aparţin unor complexe de un alt ordin, situându-se la niveluri diferite de viaţă colectivă, ceea ce, tocmai, le face ne-comparabile. Una aparţine etnologiei, alta lumii actuale. Din nefericire, frontiera ce separă cele două domenii este plutitoare şi nesigură[63]. Problema a fost examinată mai ales de etnologi şi de sociologi, şi rar şi superficial de istorici ai dreptului. Unii autori[64] au încercat să ocolească dificultatea precizând că, prin *popor primitiv*, trebuia să înţelegem popoarele rămase în afara civilizaţiei europene, ceea ce era în acelaşi timp nesigur, greşit şi egocentric. Elementele unei civilizaţii sunt prea numeroase, fluide şi insesizabile. Unele elemente, inerente naturii umane, sunt universale sau comune mai multor civilizaţii şi culturi. E vorba de nişte *constante generale*. De altminteri, în contactul cu alte societăţi şi alte culturi, civilizaţia europeană n-a încetat ea însăşi să se transforme. Relaţiile între civilizaţia europeană şi unele civilizaţii mediteraneene ce au precedat-o trebuie lămurite încă. Dar criteriul acesta este eronat; mai întâi, pentru că el deplasează dificultăţile în loc să le rezolve; apoi, pentru că el nu e prea sigur; în sfârşit, pentru că se întemeiază pe prejudecata egocentrismului şi unicităţii care a stăpânit multă vreme spiritul civilizaţiei

---

[63] *Schmidt-Koppers*, **Völker und Kulturen**, 38 şi urm.; *Thurnwald*, I, 2; *Koschaker* **(Recueil Lambert)** I, 279.

[64] *Max Schmidt*, 357; a se vedea de asemenea *Trimborn*, **Die Methode**, 439 şi urm.

europene, înfăţişată ca majoră şi finală şi în care civilizaţiile celelalte trebuia să se integreze sau să ajungă până la ea.

Alţi autori au afirmat că *ordinile de drept primitive* sunt simple, rigide şi expresia unei mentalităţi prelogice sau iraţionale, mistice sau magice, pe când ordinile juridice moderne ar fi complexe, suple, raţionale şi laice. Se cunosc teoriile lui *Lévy-Bruhl* asupra *mentalităţii juridice primitive* şi asupra *prelogismului.* Aceste teorii sunt astăzi abandonate sau combătute. Raţionalitatea[65] dreptului primitiv a fost demonstrată[66] şi afirmată[67]. Astfel, criteriul diferenţei trebuie căutat în altă parte, după părerea mea în *conştiinţa istorică* a popoarelor şi a ordinilor juridice non - etnologice.

Compararea dreptului *popoarelor primitive* a putut oferi etnologiei juridice elemente interesante. Datorită lor s-a putut înţelege mai bine originea şi temeiul sociologic al dreptului, despărţirea lui de religie, sau fundamentele sociale ale anumitor instituţii juridice de bază. Dar dacă, prin studiul dreptului *popoarelor primitive*, etnologia juridică a putut limpezi unele probleme, aceasta nu înseamnă că între *dreptul popoarelor primitive* şi dreptul *popoarelor istorice* nu există o diferenţă de natură şi de direcţie. Trebuie de altminteri precizat că între aceste căi diferite nu există o legătură necesară şi că nu e nicidecum dovedit faptul că, prin ele însele, popoarele care trăiesc pe planul etnologic vor sfârşi neapărat prin a intra în aria popoarelor istorice. Aceasta n-ar fi cu putinţă decât din perspectiva *deterministă*, deci prin credinţa că viaţa societăţilor omeneşti este diriguită de legi naturale ce o fac să parcurgă neapărat aceleaşi stadii de evoluţie[68]. În realitate, civilizaţia, ca şi istoria, este un proces având numeroase posibilităţi. Oricât de exactă ar fi concepţia evoluţionistă, viziunea evoluţionistă *uniliniară* este de mult timp depăşită şi abandonată, cu excepţia teoriei oficiale a Sistemului *socialist* care, în fond, se bazează pe ea.

---

[65] Deşi în alt sens.

[66] A se vedea, de exemplu, *Max Gluckman*, **Concepts in the Comparative Study of Tribal Law** (*Nader* **Law in Culture and Society**, Chicago 1969, 349 şi urm.) care de asemenea trag consecinţe metodologice. A se vedea de asemenea criticile lui *Paul Bohannan*, **Ethnography and Comparison in Legal Anthropology**, *Nader* 1968, 401 şi urm.

[67] În privinţa acestor probleme, a se vedea *Jean Guiart*, **Clés pour l'éthnologie**, Paris 1971; *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 31 şi urm.

[68] *A. Post*, **Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, Gedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis** (Oldenburg 1884); *acelaşi*, **Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz** (Oldenburg-Leipzig 1884-1895; reeditare nouă Aalen 1970) 2 vol. Trebuie adăugaţi autorii marxişti.

A umple lacunele, în absenţa surselor, atribuind popoarelor ajunse la acelaşi stadiu de evoluţie aceleaşi instituţii juridice, şi a descoperi legile evoluţiei societăţilor omeneşti, precum şi instituţiile juridice legate de fiecare din aceste stadii, toate aceste procedee aparţin şi ele muzeului uriaş al marilor erori ştiinţifice. De aceea, expunerea *dreptului* unui popor *primitiv* implică expunerea întregii structuri şi a întregii sale ordini sociale[69]. Din contră, de fiecare dată când dreptul nu mai vieţuieşte în stare de simbioză cu cutuma, de fiecare dată când organizarea politică a societăţii posedă un aparat şi structuri mai obiective, de stat sau echivalente, şi de fiecare dată când dreptul[70] este elaborat şi aplicat în mod conştient printr-o procedură tehnică complexă, se poate afirma că avem de-a face cu un popor istoric şi nu etnologic[71]. Popoarele istorice au, *într-un grad dublu, conştiinţa istorică* a existenţei lor. Popoarele ştiu că ele există şi mai ştiu că această existenţă se inserează într-un cadru spaţio-temporal istoric. Existenţa lor se încadrează în geografia regiunii, ca parte a planetei, şi în istoria regiunii, a continentului corespunzător precum şi a lumii. Acest criteriu mi se pare esenţial. Astfel, se poate spune că un popor trăieşte încă la un nivel etnografic atunci când el nu a ajuns încă la acea *conştiinţă istorică*, atunci când formele sale de viaţă aparţin etnografiei şi nu istoriei, atunci când dreptul său trăieşte implicit în moravurile sale, de care nu s-a diferenţiat ca să formeze un tot distinct. Când instituţiile juridice, dacă le putem numi astfel, vieţuiesc în stare de simbioză cu moravurile, atunci când ele nu derivă din izvoare juridice propriu-zise; atunci când aceste instituţii nu fac parte dintr-un complex diferenţiat, în acelaşi timp, de moravuri şi de religie, se poate conchide că avem de-a face cu dreptul *primitiv* al unui popor *primitiv*, trăind la nivel etnologic. Deosebirea aceasta trebuie să ne ducă la concluzia metodologică după care - din punctul de vedere al metodei comparative, astfel cum o concepem - ordinile juridice nu sunt comparabile atunci când popoarele respective trăiesc la niveluri atât de diferite. Căci ar fi cu siguranţă eronat, din punctul de vedere al concluziilor ştiinţifice, de a compara dreptul[72] popoarelor ce trăiesc *la*

---

[69] În privinţa acestei probleme, a se vedea *Trimborn* (**Die Methode**, 417) şi autorii pe care el îi citează.

[70] Totodată, încercările de a sesiza diferenţa dintre popoarele etnologice şi cele istorice prin drept, natura şi formele sale (drept prestabilit, sancţiuni juridice, tribunal, etc.) nu au fost mai rodnice.

[71] Nu credem nici că diferenţa constă în faptul că popoarele *primitive* n-au ajuns la vârsta maşinii şi a scrisului. Există popoare istorice care nu au cunoscut scrisul.

[72] *Gény* (**Science et technique en droit privé positif**, Paris 1921-1930, I, Nr. 17, 54 şi urm.) scrie: "Dreptul nu se întemeiază decât datorită unei societăţi puternic organizată şi cuprinzând în ea însăşi o putere în stare să precizeze şi să impună, prin mijloace adecvate, regulile care îi formează conţinutul necesar. O astfel de societate îşi găseşte tipul împlinit în Statul modern, deşi e cu putinţă de a întâlni în privinţa aceasta şi alte exemple".

nivelul etnografic cu dreptul altor popoare ce trăiesc *la nivelul istoric*[73]. Comparabilitatea ordinilor juridice nu mi se pare a exista în acest caz. Dar, bineînţeles, frontiera nu e totdeauna uşor de precizat, îndeosebi atunci când e vorba de popoare vechi. Oricum, dacă ne ocupăm de metoda comparativă aplicată ordinilor juridice moderne, trebuie să admitem faptul potrivit căruia comparabilitatea este presupusă între ordinile juridice ale popoarelor având o existenţă istorică. Această comparabilitate - în sensul în care o concepem - nu există între ordini juridice istorice şi etnografice; ceea ce, bineînţeles, nu împiedică etnologia sau sociologia juridică să procedeze la apropieri între ordini juridice istorice şi etnologice.

37. COMPARABILITATEA CE REZULTĂ DIN ANALOGIA ÎN CONSTRUCŢIA ORDINILOR JURIDICE

Unii autori au încercat să stabilească *comparabilitatea* ordinilor juridice cu ajutorul altor criterii. Astfel, după *Kaden*[74], două ordini juridice sunt comparabile atunci când ele sunt construite în mod analog. Dar această "analogie de construcţie" este o noţiune pe care nici *Kaden* nici alţi autori nu au limpezit-o. Criteriul acesta poate fi interpretat în mod felurit.

Într-o primă interpretare se poate spune că analogia construcţiei poate consta în faptul că ordinile juridice au o structură instituţională asemănătoare. Analogia aceasta poate fi constatată mai ales atunci când e vorba de ordini juridice aparţinând nu numai aceluiaşi Sistem juridic, ci şi aceleiaşi familii. Ar fi totuşi o greşeală să se creadă că ea există în mod general şi să se facă din ea o condiţie de aplicare a metodei comparative. Aceasta ar însemna să se revină la ideea unei tipologii instituţionale universale[75]. Cu toate acestea, din cauză că această analogie de construcţie poate fi constatată îndeosebi faţă de nişte ordini juridice care fac parte din acelaşi Sistem juridic, s-ar putea trage concluzia că ordinile juridice sunt comparabile numai atunci când ele aparţin aceluiaşi Sistem juridic. Astfel, noţiunea de comparabilitate câştigă un înţeles mai precis. Totuşi, rezultatul la care se ajunge este inacceptabil. Desigur, putem compara ordini juridice care fac parte din

---

[73] *Lévy-Bruhl* (**Sociologie du droit**, Paris 1964, 115) susţine părerea contrară. După el: "Nu există nici o ruptură ci, din contră, o continuitate între ei şi noi. Etnologia poate sluji ca o articulaţie între prezent şi trecut. Aceşti primitivi, care sunt contemporanii noştri în sensul cronologic al cuvântului, sunt, din punct de vedere sociologic, strămoşii noştri îndepărtaţi".

[74] *Kaden*, 10.

[75] A se vedea **supra**, Nr. 18.

aceeaşi familie sau din acelaşi Sistem juridic. În acest caz, compararea este mai uşoară deoarece comparabilitatea ordinilor juridice se bazează pe paralelismul instituţional. Această limitare prezintă două inconveniente: primul este că, tocmai în acest caz, compararea aduce puţine rezultate. Uşurinţa comparării este compensată aici de interesul slab pe care-l prezintă rezultatele dobândite, care, adesea, se referă la elemente tehnice. Al doilea inconvenient, mult mai însemnat, este că, după cum s-a demonstrat deja în legătură cu termenii de comparat[76], comparabilitatea este întemeiată pe unitatea sau pe echivalenţa problemelor juridice. Nu e cu putinţă să se reducă, prin acest ocoliş, compararea numai la ipotezele în care există un paralelism instituţional.

Într-o a doua interpretare, analogia de construcţie a ordinilor juridice poate consta în faptul că acestea se ordonează împrejurul aceloraşi mari diviziuni şi categorii, cum ar fi dreptul civil, dreptul comercial, dreptul public etc. Caracteristica aceasta, importantă din punct de vedere sistematic şi pedagogic, nu are, după cum am demonstrat deja[77], nici o valoare revelatoare pentru comparare. Pe de o parte, ordini juridice având aceleaşi categorii şi diviziuni fundamentale pot fi foarte deosebite între ele prin elementele lor determinante. O analogie poate exista pe acest plan chiar atunci când este vorba de ordini juridice făcând parte din Sisteme juridice diferite, cum ar fi de pildă ordini juridice aparţinând Sistemelor european şi *socialist*. Dimpotrivă, o asemenea analogie de construcţie le lipseşte ordinilor juridice ale Sistemelor anglo-american şi european, în ciuda faptului că, prin elementele determinante şi prin scara de valori ce se află la baza lor, aceste două Sisteme sunt cu mult mai apropiate unul de altul decât de Sistemul *socialist*. Ceea ce înseamnă că, în fond, analogia construcţiei luată ca un criteriu al comparabilităţii ordinilor juridice nu poate să spună nimic. Compararea în toate aceste cazuri este posibilă. De altminteri, ceea ce contează într-o ordine juridică e cu mult mai puţin construcţia juridică, ce aparţine domeniului tehnicii, decât elementele determinante, deci scara de valori pe care ea este construită. Ceea ce contează nu e construcţia unei ordini juridice, ci materialul şi scopul pentru care construcţia a fost făcută. Toate acestea ne arată că analogia de construcţie a ordinilor juridice constituie un criteriu imprecis şi insuficient; el nu poate aşadar fi reţinut pentru a explica ceea ce se înţelege prin ordini juridice *comparabile*.

---

[76] **Supra**, Nr. 27 şi urm.

[77] **Supra**, Nr. 22.

38. COMPARABILITATEA ÎNTEMEIATĂ PE APARTENENȚA ORDINILOR JURIDICE LA ACEEAŞI FAMILIE, CIVILIZAȚIE SAU STADIU DE CIVILIZAȚIE

Putem oare să apropiem prin compararea termenilor de comparat ordini juridice care fac parte din familii juridice diferite, din alte civilizaţii sau din stadii diferite de civilizaţie? Întrebarea a fost pusă mai precis, ca problemă metodologică, în anul 1900, la Congresul de la Paris. Ea se datora faptului că la acest Congres, *Esmein*[78] propusese o grupare a ordinilor juridice care în realitate era o clasare în familii juridice[79]. De atunci s-a pus problema de a şti dacă trebuia să se limiteze compararea la ordinile juridice care fac parte din aceeaşi familie sau nu. *Esmein* era de părere că actul comparării era posibil între ordinile juridice aparţinând indiferent căror grupuri. Prin urmare, dezbaterea s-a lărgit pentru a cuprinde problema de a afla dacă ordinile juridice puse faţă în faţă trebuia să facă parte din aceeaşi civilizaţie sau din acelaşi *stadiu* de civilizaţie sau de dezvoltare. De la această dată, problema a rămas, în dreptul comparat, o problemă metodologică faţă de care fiecare comparatist s-a crezut obligat să ia poziţie. Sumedenia luărilor de poziţie ne îngăduie să facem trei observaţii.

Prima este că fiecare comparatist a răspuns la întrebare în funcţie de concepţia sa despre rolul dreptului comparat. De aici rezultă pluralitatea contradictorie a răspunsurilor. A doua observaţie este că există numeroase luări de poziţie, mai mult sau mai puţin fugitive şi superficiale, însă nici o analiză serioasă a problemei. Lucrul va uşura o analiză generală, fără a preciza amănunţit poziţia fiecărui comparatist[80]. A treia observaţie constă în faptul că este vorba de o idee generală împrumutată din etnologia juridică[81], fără o verificare prealabilă.

---

[78] *A. Esmein* (**Procès-Verbaux**) I, 445 şi urm. În urma studiilor lui *Neubecker* (**Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung**, Leipzig 1907), *von Rauchhaupt* (162) crede că în Europa *comparabilitatea naturală* (natürliche Vergleichbarkeit) se realizează îndeosebi între ordinile juridice a trei principale familii juridice, cele ale ordinilor juridice latine, germanice şi slave. El admite ideea potrivit căreia compararea modernă se poate limita la principalele ordini de drept europene şi la cele pe care ele le-au influenţat. După el, *comparabilitatea artificială* (künstliche Vergleichbarkeit) ar fi urmarea unei înrudiri prin alegere rezultând din împrumuturi, din receptarea sau din impunerea ordinilor lor juridice de către puterile coloniale.

[79] Ideea grupării ordinilor juridice este mai veche. A se vedea Ştiinţa dreptului comparat.

[80] O imagine generală a poziţiei principalilor comparatişti se găseşte la *Otetelisano*, 315 şi urm. şi passim.

[81] *Bernhoeft*, **Unser Zweck**, Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin, 1895, 1. A se vedea de asemenea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49.

Plecând de la ideea că unul din scopurile dreptului comparat ar fi de a desprinde forma ideală, sau diferitele tipuri pe care o instituţie juridică le poate lua, *Saleilles* şi, în urma sa, numeroşi autori[82] au susţinut că o comparare nu ar fi legitimă decât între ordinile juridice ale unor ţări care au o stare socială similară. Aceasta se explică prin scopul pe care el îl atribuia comparării[83]. Totuşi nici o analiză nu precizase această noţiune.

Plecând de la ideea că unul din scopurile principale ale dreptului comparat era de a desprinde principiile *dreptului comun legislativ*, *Lambert*[84] stabileşte regula metodologică după care comparatistul nu trebuie să studieze decât ordinile juridice ale popoarelor având o civilizaţie identică sau apropiată. Când s-a ocupat de problema unificării legislative, *Lambert* a preconizat compararea între ordinile juridice ale familiei latine şi germanice, ale căror deosebiri, "la ora actuală, scria el în 1900, nu ar fi mai profunde decât erau între cutumele noastre redactate în secolul al XVI-lea"[85].

---

[82] În ceea ce-l priveşte pe *Saleilles*, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59 şi **infra** Nr. 113 a. Pentru autorii care l-au urmat, a se vedea, printre alţii, *Otetelisano* (315 şi passim) care vorbeşte de legislaţii *asemănătoare* sau *apropiate*, de ordini de drept ale *popoarelor civilizate* şi de *asemănare de civilizaţie*. Totuşi, prin aceşti termeni, el înţelege mai ales popoare având ceea ce noi am numit o existenţă istorică. A se vedea de asemenea *Kaden*, 10.

[83] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59.

[84] *Lambert* (**La Fonction**, 920) se mulţumeşte cu explicaţia următoare: "Cercul de dezvoltare pe care eu îl acord dreptului comun legislativ nu este nicidecum omenirea civilizată; este o grupare mult mai restrânsă de popoare legate prin legături strânse de educaţie comună, apropiate prin acţiunea a foarte multor influenţe istorice sau economice". În ciuda scurtei sale explicaţii, *Lambert* are dreptate dacă se ţine seama de ceea ce *dreptul comun legislativ* înseamnă pentru el: a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76. În urma sa şi din acelaşi motiv *Otetelisano* (312) vrea să limiteze compararea la popoarele făcând parte din aceeaşi civilizaţie.

[85] *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 48 şi urm.; *acelaşi*, **La Fonction**, 921.

În partea opusă se află ideea susţinută de alţi autori[86] după care ordinile juridice germanice şi latine nu sunt comparabile. *Niboyet*[87], din raţiuni patriotice, sfătuieşte de asemenea să se limiteze compararea juridică la ordinile de drept făcând parte din aceeaşi familie, îndeosebi când e vorba de împrumuturi legislative.

Astfel, de la *Kohler* la *Saleilles* şi de la acesta la *Gutteridge*[88], nu s-a încetat să se sublinieze ideea potrivit căreia câmpul de comparare nu era nelimitat, că se pot totdeauna compara ordini juridice care sunt în

---

[86] În acest sens *Exner* citat de *Egon Weiss*, **Die Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung** (Prag 1934). După el, nu trebuie să comparăm decât ordinile juridice care se apropie prin caracterul lor intrinsec: "Es sind also nur jene Rechtsordnungen zu erwägen, die ein Ergebnis des indoeuropäischen Kulturkreises sind". *Von Rauchhaupt* (161) face de asemenea din comparabilitatea ordinilor juridice condiţia comparării pe care, după *Bernhoeft*, el o confundă cu cele trei cauze capabile de a o stabili (originea comună, transmiterea şi asemănarea). A se vedea în privinţa acestei probleme *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49. *Von Rauchhaupt* (161 şi urm.) e de părere că există *o comparabilitate naturală* ori de câte ori e vorba de ordini juridice având o origine comună, aşa cum sunt în Europa ordinile juridice latine şi germanice. Mai există de asemenea o *comparabilitate artificială* (163 şi urm.) rezultând din faptul că o ordine de drept este impusă altor popoare sau primită de către ele. În sfârşit, mai există o *comparabilitate datorată hazardului* (168) atunci când două ordini juridice se dezvoltă în acelaşi sens. Concluzia ar fi că nu trebuie comparate decât ordinile juridice aparţinând aceleiaşi familii sau aceleiaşi grupări. Expunerea este confuză, iar concluzia aceasta nu este trasă în mod clar. Oricum, în ansamblul său teoria este falsă. Mai întâi deoarece autorul n-a izbutit să precizeze ce este comparabilitatea. Apoi pentru că el a confundat comparabilitatea cu *unele* cauze în stare de a o întemeia. În sfârşit, deoarece compararea este posibilă chiar între ordini juridice aparţinând unor familii, Sisteme şi grupuri juridice diferite.

[87] *Niboyet*, **La fonction du droit comparé**, Pandectele române 1934, 251 şi urm. E vorba de o conferinţă ţinută la Bucureşti în momentul în care România era ocupată de o muncă de unificare internă punând în legătură Codul civil român, profund influenţat de Codul Civil francez şi Codul austriac din 1811, aplicabil în Bucovina şi Transilvania, dreptul cutumiar maghiar aplicabil în Banat şi Codul Donici în Basarabia. În vederea unei sinteze a acestei probleme, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Le Code Civil français et son influence en Europe (Roumanie)**, **La semaine internationale de Droit** (Paris, 1950) Nr. 9. Sfaturile lui *Niboyet* erau inspirate din raţiuni politice şi nu metodologice. Pentru critică, a se vedea *Otetelisano*, 257. În vederea problemei receptării şi unificării juridice interne, a se vedea **infra** Nr. 127, 128.

[88] *Gutteridge* (103) scrie: "Este totuşi evident că problema cronologiei este fără importanţă dacă ordinile juridice pe care vrem să le comparăm se află în acelaşi stadiu al dezvoltării". *Gutteridge* se sprijină pe opinia lui *Pollock* (JoCL V, 1903, 75) care, deşi respinge ideea evoluţiei, crede în stadiile de evoluţie.

acelaşi stadiu de dezvoltare[89], ce aparţin aceleiaşi civilizaţii[90-91], sau au aceeaşi structură socială şi economică. Aflându-se încă în stare de idei generale, aceste noţiuni sunt pe de o parte inexacte[92]; pe de altă parte neesenţiale din punct de vedere metodologic. Trebuie oare, de exemplu, să refuzăm să comparăm dreptul Algeriei cu dreptul Statelor Unite sau pe cel al Albaniei cu dreptul Marii Britanii deoarece aceste ţări nu se află în acelaşi stadiu de evoluţie economică, primele fiind încă şi în ciuda eforturilor lor, ţări agrare, iar celelalte ţări, ţări industriale? Oare instituţiile juridice ale dreptului tunisian şi cele ale dreptului spaniol nu sunt comparabile deoarece ordinile lor juridice respective fac parte din civilizaţii diferite? Trebuie oare să refuzăm să comparăm dreptul Paraguayului şi cel al Japoniei fiindcă stadiile lor de dezvoltare sau distanţa civilizaţiei materiale dintre cele două ţări este prea mare? Oare dreptul Statelor Unite şi cel al URSS nu sunt comparabile pentru că amândouă se bazează pe structuri economice deosebite şi mai cu seamă pe concepţii ideologice şi politice opuse[93]? Oare două ordini juridice nu sunt comparabile decât atunci când ţările respective au aceleaşi fundamente politice? Atunci dreptul Suediei n-ar fi comparabil cu cel al Marocului deoarece ele sunt influenţate direct sau indirect de religii diferite?

Iată o serie întreagă de probleme pe care trebuie să le punem atunci când se examinează problema comparabilităţii ordinilor juridice. Cu toate acestea, răspunsul la toate întrebările în chestiune este, din punct de vedere metodologic, negativ. În realitate, toate ordinile juridice

---

[89] *Gutteridge* (102) scrie: "Ce seamănă trebuie comparat cu ce seamănă. Conceptele, regulile sau instituţiile de comparat trebuie legate de aceeaşi perioadă de dezvoltare juridică, politică şi economică".

[90] Noţiunea de *naţiune civilizată* a fost discutată îndeosebi de internaţionalişti pe baza articolului 38 lit. c din Statutul Curţii Internaţionale de Justiţie de la Haga. Tocmai datorită acestui fapt, problema aceasta era pusă într-o lumină oarecum deosebită de cea care ne interesează aici. Studiile şi articolele consacrate acestei probleme au devenit nenumărate. Cu titlu de exemplu: *Josef Kunz*, **Zum Begriff der *nation civilisée* im modernen Völkerrecht**, ZöR 7 (1928) 86 şi urm.; *A. Verdross*, **Les principes généraux de droit comme source du droit des gens**, RCADI (1932) 291; *Schwarzenberger*, **The Standard of Civilization in International Law, Current Legal Problems** (1955) 228. *Seidl-Hohenveldern* (256) afirmă că este dificil să se considere că ordinea juridică a unui membru al Naţiunilor Unite nu este cea a unei naţiuni civilizate. Observaţia este exactă, însă criteriul, redus la aspectele sale formale, nu răspunde problemei ce ne preocupă. *De Sola Cañizares* (107 şi urm.) scrie: "De una manera general, son derechos evidentemente comparables, todos aquellos que pertenecen a la llamada «civilisacion occidental»". A se vedea **infra**, Nr. 124.

[91] În acest sens, *R. Rodière* (85) precizează recent: "Sistemele juridice care reies din civilizaţii profund opuse nu trebuie comparate decât în principiile lor, şi nu în detaliile regulilor lor de drept". Rezerva aceasta metodologică mi se pare inexactă.

[92] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 39.

[93] În privinţa problemelor speciale pe care le pune comparabilitatea dreptului sovietic cu celelalte ordini juridice, a se vedea numărul următor.

moderne şi aparţinând ordinii istorice sunt comparabile. Lucrul este exact, oricare ar fi deosebirile de civilizaţie, de Sistem juridic, de religie, de structură politică, de ideologie sau de dezvoltare economică şi socială[94]. Nici una din aceste diferenţe nu este suficientă pentru a legitima absenţa comparabilităţii[95]. Bineînţeles, alegerea ordinilor juridice pe care vrem să le comparăm depinde de scopul urmărit prin comparare[96]. Totuşi, problema aceasta odată rezolvată, nu există nici un motiv metodologic pentru a trage concluzia, pe baza uneia sau alteia din aceste diferenţe, a unei absenţe de comparabilitate a ordinilor juridice respective. De altminteri, examenul comparabilităţii ordinilor de drept care fac parte din Sistemul *socialist* precum şi funcţia elementelor determinante vor permite să se ilustreze mai bine aceste afirmaţii.

39. COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE AVÂND O STRUCTURĂ POLITICO - SOCIO - ECONOMICĂ DIFERITĂ (COMPARABILITATEA CU ORDINILE JURIDICE ALE SISTEMULUI SOCIALIST)

În cazul ordinilor juridice ale Sistemului *socialist*, problema comparabilităţii a fost pusă în termeni mai specifici şi mai precişi.

Iniţiativei organizaţiilor internaţionale şi eforturilor juriştilor occidentali[97], dornici de a constata existenţa liniştitoare a asemănărilor între

---

[94] În acest sens: *Josef Szabó*, **Comparative Constitutional Law: Its Possibility and Limits**, Osterreich. Zeitschrift f. öffentl. Recht, 1971, 43; *Imre Szabó*, **La Science comparative du droit** (116) şi în prezent cea mai mare parte a doctrinei Sistemului *socialist*; *Hazard* şi *Szladits* (345) cu alte indicaţii în acest sens, privindu-i pe comparatiştii americani.

[95] În ceea ce priveşte frontierele comparabilităţii în dreptul constituţional şi administrativ a se vedea *Strebel* (420 şi urm.) care concepe noţiunea de comparabilitate într-un mod foarte larg. De fapt se pot compara instituţii aparţinând unor state cu structuri fundamentale foarte diferite dacă se ţine seama de teoria elementelor determinante.

[96] **Supra**, Nr. 10.

[97] Un inventar al acestui gen de iniţiative ar rămâne de făcut. Să citäm cu titlu de exemplu: Colocviul organizat de la 24 februarie la 1 marie 1958 la Roma de Asociaţia internaţională de Ştiinţe Juridice despre: "Aspectele juridice ale comerţului între ţările cu economie planificată şi ţările cu economie liberă", şi despre "Juristische Probleme der Nationalisierung und die Rechtslage der staalichen kollektiven Unternehmen vom Standpunkt der Rechtsvergleichung und des internationalen Rechts". A se vedea *Tunc*, RIDC 10 (1958) 365-374 şi *Boulouis*, RIDC 10 (1958) 374-380. Colocviul de la Treves. A se vedea RabelsZ 1962-1963, 495. Colocviul de la Varşovia, 10-16 septembrie 1958 despre "Conceptul de legalitate în ţările socialiste" (publicat la Varşovia 1961) (Dare de seamă de *J. Carbonnier* RIDC 1959, 77); Colocviile de la Helsinki (1960), de la Londra (1962), de la New York (1964), de la Copenhaga (1969), sau Congresele Academiei internaţionale de drept comparat (1958) de la Hamburg (1962), Uppsala (1966), Pescara (1970); etc.

ordinile juridice occidentale şi cele ale Sistemului *socialist*, juriştii Sistemului *socialist* le-au răspuns mai întâi cu o rezervă distantă[98]. Diferenţele de structuri ideologice şi politice, sociale şi economice sunt atât de mari încât problema comparabilităţii ordinilor juridice ale Sistemului *socialist* cu cele occidentale se pierdea în mod necesar în confuzie. Temându-se ca ordinile juridice ale unor Sisteme atât de opuse să nu fie comparabile[99], juriştii ţărilor din Est au preferat, într-o primă fază, să limiteze compararea la ordinile juridice ale aceluiaşi Sistem. Doctrina lor propunea compararea ordinilor juridice *burgheze* între ele, pe de o parte, şi a ordinilor juridice ale Sistemului *socialist*, pe de altă parte[100].

Îndată după război, dreptul sovietic reprezenta *dreptul-model* pentru ţările din Est care, toate, se străduiau să elaboreze un drept conform noii situaţii politice[101]. Încetul cu încetul, juriştii acestor ţări au început să se intereseze de modul în care alte ţări din Est rezolvaseră aceleaşi probleme; ei practicau o comparare limitată la ordinile juridice ale aceluiaşi Sistem. Comparabilitatea ordinilor juridice era sigură, iar compararea aceasta se putea înfăptui mai uşor fiind mai sigură: nu existau diferenţe fundamentale, dat fiind că elementele determinante erau aceleaşi[102] şi că diferenţele erau de natură tehnică, deci nu esenţială. Această comparare a căpătat în unele ţări din Est aerul unei noi discipline: *dreptul socialist comparat*[103]. Contactul cu dreptul ţărilor

---

[98] A se vedea de asemenea explicaţiile date de *Marc Ancel* (**Utilité et méthodes**, 66 şi urm.) privind motivele de neîncredere dintre cele două Sisteme. În acelaşi sens, *Marc Ancel*, **Livre du Centenaire**, II, 12 şi urm. Totodată, nu este sigur că una din cauzele neîncrederii juriştilor Sistemului anglo-american şi ai Sistemului *socialist* ar consta în faptul că dreptul comparat era socotit ca un instrument de unificare şi de apropiere uniformizatoare. De multe decenii nici micro-compararea, nici comparatiştii în general nu se mai ocupau de unificarea mondială. Pe de altă parte, progresele unificărilor parţiale erau atât de lente, atât de reduse şi de limitate încât, în mod rezonabil, ele nu puteau şi nu pot să justifice vreo neîncredere.

[99] În acest sens, de exemplu, *Z. Péteri*, **Some Aspects of the Sociological Approach in Comparative Law**, Drept maghiar - Drept comparat (Budapest 1970) 80 şi urm. cu alte indicaţii bibliografice. În continuare, doctrina ţărilor din Est a acordat o atenţie cu totul deosebită problemei comparabilităţii ordinilor juridice întemeiate pe sisteme socio-economice diferite.

[100] Cu titlu de exemplu în privinţa aceasta *Imre Szabó*, 156 şi nota 121 cu alte indicaţii bibliografice.

[101] *Viktor Knapp*, **Le droit comparé en Tchécoslovaquie**, 535; *Imre Szabó*, **Les aspects historiques du droit comparé en Hongrie, Livre du Centenaire**, II, 385.

[102] *Blogojevici* (şi *Jovicici*), **Livre du Centenaire**, II, 606, 610: "aceste ordini juridice au aşadar un numitor comun, şi anume principiile fundamentale ce sunt imanente sistemului socialist".

[103] *Imre Szabó*, op. cit. 386; *Viktor Knapp*, op. cit. 535.

occidentale a pus problema în termeni complet noi. Juriştii ţărilor din Est se arătau foarte reticenţi[104] să se angajeze în comparări cu ordini juridice care, după doctrina *socialistă*, erau atinse de maladia capitală de a fi expresia exploatării[105]. Deşi compararea nu era studiată în facultăţile de drept sovietice[106], ştiinţa juridică sovietică nu se mulţumea cu simple expuneri ale dreptului străin, ci proceda la comparări cu ordinile juridice occidentale[107]. Totuşi, aceste comparări, parţiale sau întâmplătoare, cu ordinile juridice *burgheze*, tot astfel ca şi referinţele comparative la aceste ordini juridice, erau făcute în perspectiva luptei ideologice ce falsifica natura rezultatelor obţinute[108], numai datorită motivului că, în orice împrejurare, dreptul capitalist apărea ca expresia minorităţii care exploatează muncitorii.

În realitate, poziţia reticentă a juriştilor ţărilor din Est şi poziţia ostilă a juriştilor sovietici faţă de metoda comparativă se explică mai ales prin

---

[104] *Viktor Knapp*, (op. cit. 535) recunoaşte în mod obiectiv: "în ceea ce priveşte dreptul comparat universal, înglobând adică şi studiul comparativ al dreptului ţărilor având sisteme social-economice diferite, prima perioadă după revoluţia socialistă era cu mult mai puţin favorabilă. Această perioadă a fost marcată de o neîncredere uneori destul de exagerată în posibilitatea unei comparări rezonabile a sistemelor (sau a instituţiilor) ce se întemeiază pe baze economice şi sociale diferite şi care sunt divizate unele de altele de un abis insurmontabil". Cu aceeaşi obiectivitate, *Jodlowski* (intervenţie orală, **Livre du Centenaire**, II, 186) precizează: "E drept că în urmă cu 15 sau 20 de ani, se nega această posibilitate (a comparării) şi că se exprimau păreri ostile faţă de teza aceasta şi că timp de mai mulţi ani cercetările juridice comparative erau destul de neglijate în ţările socialiste. Atitudinea aceasta, fără îndoială, se datora unor cauze mai generale, îndeosebi - să zicem - dogma tismului şi sectarismului din epocă". În acelaşi sens *Witold Czachòrski*, **Quelques aspects du droit comparé en Pologne**, **Livre du Centenaire**, II, 489 (şi autorii pe care îi citează la nota 19).

[105] Întrucât această doctrină distinge "două tipuri de drept". A se vedea, cu titlu de exemplu printre mulţi alţii *I. Szabó* (**La science comparative du droit**, 114) care scrie: "Faţă de tipurile de drept caracterizate de exploatare, în special tipul cel mai avansat al acestora din urmă care este cel al exploatării capitaliste, dreptul socialist reprezintă tipul de drept ce nu cunoaşte nici o exploatare şi care în privinţa aceasta înseamnă în acelaşi timp tipul cel mai elevat şi ultimul din istorie".

[106] *Loeber*, 206 şi urm.

[107] *Loeber* (216 şi bibliografia pe care o citează) scrie: "În Uniunea Sovietică nu există practic nici o publicaţie în domeniul juridic care să nu se ocupe cu temei de *dreptul burghez*. Lucrul este exact nu numai în ceea ce priveşte marile expuneri ale dreptului sovietic ci şi pentru orice studiu în orice domeniu al dreptului. Compararea se termină totdeauna în defavoarea dreptului *burghez*. Chiar dacă instituţiile juridice examinate se aseamănă între ele, se încearcă neapărat să se elaboreze diferenţe şi să se prezinte soluţiile dreptului capitalist ca fiind expresia exploatării şi a reacţiunii".

[108] A se vedea **supra**, Nr. 8.

faptul că aceşti jurişti erau de părere că dreptul lor nu era *comparabil* cu dreptul *ţărilor capitaliste* şi aceasta din mai multe motive, complementare de altminteri.

Prima şi probabil principala cauză constă în faptul că, pentru doctrina *socialistă*, dreptul *socialist* reprezintă un drept nou, *substanţial* diferit de alte ordini de drept şi îndeosebi de cele ale ţărilor *capitaliste*. Într-adevăr, se poate afirma că noţiunile cele mai elementare şi cele mai fundamentale sunt încărcate în Sistemul *socialist* de o substanţă deosebită de aceea din ordinile juridice occidentale. Chiar noţiunea de *drept* posedă în cele două Sisteme un conţinut diferit. În Sistemul *socialist* dreptul este un instrument hărăzit să garanteze realizarea socialismului prin dictatura proletariatului, conform cu principiile marxist-leniniste. Elementele pe care le-am numit determinante[109], tocmai fiindcă ele sunt elementare, fundamentale şi influenţează asupra întregii ordini juridice sunt total diferite în cele două Sisteme. Desigur, se pot constata de asemenea între ordinile juridice *socialiste* şi cele occidentale elemente şi instituţii juridice asemănătoare sau chiar identice. Totuşi, după cum remarcă pe bună dreptate *Jaroszynski*[110], "formele, prin ele însele, nu decid niciodată asupra esenţei fenomenelor juridice". Şi, dincolo de similitudinea anumitor forme[111] şi instituţii

---

[109] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 86 şi urm. şi Ştiinţa dreptului comparat.

[110] Intervenţia orală a lui *Jaroszynski* la Congres despre "**Le concept de la légalité dans les pays socialistes**" (Varşovia, 1961) 328. De altminteri, toţi comparatiştii Sistemului *socialist* insistă pe bună dreptate asupra diferenţei fundamentale dintre *forma* juridică şi *conţinutul* sau *substanţa* dreptului, ceea ce constituie unul din elementele fundamentale ale concepţiei marxist-leniniste despre drept. Concluzia pe care ei o trag, anume că asemănările formale cu ordinile juridice *capitaliste* nu au nici o valoare, este logică şi justificată. *Knapp*, **Le droit comparé en Tchécoslovaquie**, 539; *I. Szabó*, loc. cit., 387; *acelaşi*, **Science du droit et coexistence**, 423.

[111] *Viktor Knapp* (**Verträge im tschechoslowakischen Recht**, 495 şi urm.) subliniază cât de deosebit este dreptul ţărilor din Sistemul *socialist* "chiar în cazul în care o anumită instituţie juridică îmbracă o *formă* identică în diferite legislaţii". În articolul său, **Le Concept de la personne morale dans le droit tchécoslovaque** (RIDC 1959, 519 şi urm.), el stăruie în egală măsură asupra diferenţei de substanţă pe care o au în Sistemul *socialist*, datorită noilor raporturi sociale, unele instituţii ce prezintă aparent aceeaşi formă ca în ordinile juridice *capitaliste*. Trebuie adăugată critica îndreptăţită a lui *Eörsi* (401) pentru care compararea ordinilor juridice ale unor sisteme sociale diferite, bazată pe aparenţe şi asemănări de natură tehnică, duce la concluzii care sunt adevărate *desfigurări*. Acest punct de vedere este comun tuturor comparatiştilor din Sistemul *socialist*.

juridice, conţinutul, funcţia şi esenţa dreptului *socialist*, ori natura sa[112] rămân profund specifice şi deosebite de cele ale dreptului occidental. A căuta o sinteză în aceste condiţii ar însemna să ne îmbătăm cu iluzii[113].

Din acest punct de vedere, juriştii Sistemului *socialist* au perfectă dreptate. Oricare ar fi cantitatea de elemente comune cu dreptul *capitalist*, ordinile juridice ale Sistemului *socialist* se deosebesc de acesta prin elementele cele mai importante, adică prin elementele determinante[114]. Numărul de elemente fungibile comune nu are nici o importanţă dacă cele două Sisteme juridice se opun prin elementele lor determinante. Juriştii occidentali sunt aceia care n-au înţeles diferenţa profundă ce se ascunde sub elemente comune şi sub instituţii asemănătoare, când este vorba de elemente determinante. De aceea, deseori, în întâlnirile cu jurişti din Sistemul *socialist*, occidentalii trec, de altfel cu o inocenţă mişcătoare, pe lângă adevăratele probleme.

Al doilea motiv invocat de doctrina *socialistă* spre a justifica noncomparabilitatea dreptului *socialist* cu ordinile juridice *capitaliste* constă în deosebirile de ordin ideologic. Tot dreptul *socialist* este conform cu teoria marxist-leninistă şi constituie, prin chiar acest fapt, expresia sa juridică. Ce este important e că ideologia este oficială şi explicită şi că legăturile dintre ea şi drept sunt clare şi imuabile. Într-adevăr, ordinile juridice ale Sistemului *socialist* nu pot exista în afara doctrinei oficiale şi nu pot niciodată să se dezvolte contra ei. De aceea, juriştii Sistemului *socialist* au şi din acest punct de vedere dreptate de a sublinia importanţa doctrinei marxist-leniniste în ce priveşte dreptul şi diferenţa faţă de ordinile juridice *capitaliste*. În acelaşi timp, dreptul ţărilor occidentale, ca de altfel orice drept, este de asemenea întemeiat pe o ideologie, chiar dacă juriştii occidentali ignoră acest lucru şi se lasă "păcăliţi" de un drept devenit o simplă tehnică. În realitate, diferenţa faţă de dreptul *socialist* în acest domeniu constă, după părerea mea, în faptul că, în alte ordini juridice, ideologia nu este explicită ci implicită,

---

[112] Discursul lui Krusciov la Congresul al XXI-lea al Partidului (citat de *Loeber*, 208).

[113] Pe bună dreptate, de exemplu: *Jaroszynski*, 329 şi *I. Szabó*, **Science du droit et coexistence**, 423; etc.

[114] În acest sens înţeleg, de pildă, afirmaţia lui *Blagojevici* (**Livre du Centenaire**, II, 27) după care: "Există tot atâtea sisteme juridice socialiste câte ţări socialiste sunt. Acestea prezintă toate caractere comune, *chiar caracterele ce constituie principiile şi instituţiile fundamentale ale dreptului socialist în sens generic.* Dar, în ciuda acestor caractere comune, fiecare din sistemele juridice socialiste se distinge prin trăsături specifice care, departe de a fi rezultatul unei orecare tendinţe de originalitate, sunt consecinţa inevitabilă a căilor mai mult sau mai puţin divergente ce duc spre socialism, şi care sunt în funcţie de numeroase condiţii specifice fiecărei ţări". (Sublinierea ne aparţine).

iar doctrina nu este oficială ci difuză[115]. Pe de altă parte, - şi ne aflăm aici înaintea unei alte foarte mari diferenţe, - raportul ideologiei cu dreptul ţărilor occidentale nu este clar ci confuz; el nu este imuabil, ci variabil. Aceasta face ca legătura dintre ideologia implicită şi drept să fie foarte laxă; în aceste Sisteme, dreptul poate evolua şi se poate dezvolta în afara sau contra acestei ideologii pe care el o ignoră în cea mai mare parte a timpului. Dacă compararea între ordinile juridice ale Sistemului *socialist* şi cele occidentale a devenit mai anevoioasă[116] lucrul se datorează mai puţin existenţei ideologiei în sine, decât faptului că ea a fost transformată de juriştii *socialişti* într-un veritabil instrument de luptă politică[117], hărăzit să denunţe caracterul exploatator al dreptului *capitalist* şi să afirme în orice împrejurare superioritatea dreptului *socialist*.

Al treilea argument constă în faptul că ordinile juridice ale Sistemului *socialist* se bazează pe raporturi sociale şi pe o *constituţie economică* total diferită de cea a ordinilor juridice capitaliste, în acord cu teoria marxist-leninistă. Nici aici nu-i vorba nicidecum de o simplă diferenţă instituţională între Sistemul *socialist* care cunoaşte proprietatea colectivă, pe când dreptul Sistemului european rămâne legat de proprietatea privată. Diferenţa aceasta, parte a unui întreg ansamblu, exprimă în realitate un element determinant, care influenţează profund fiecare din Sisteme, separându-le în mod fundamental. Chiar dacă unele instituţii comune apar, între ele există în realitate diferenţe[118] de concepţie şi de substanţă privind înseşi bazele societăţii. Aceste diferenţe fundamentale constituie elemente determinante. Într-adevăr, această antiteză constituie punctul de plecare al altor diferenţe care apar ca nişte consecinţe necesare[119]. Dar aceasta este caracteristica oricărui element determinant.

Al patrulea motiv constă în faptul că între ordinile juridice ale Sistemului *socialist* şi cele ale ţărilor *capitaliste* ar exista o diferenţă de

---

[115] A se vedea Ştiinţa dreptului comparat.

[116] *Loeber*, 217; *Müller-Römer*, 5 şi urm.

[117] *Loeber*, 226 şi urm.

[118] A se vedea analiza, exactă din acest punct de vedere, făcută de *Eörsi* (403 şi urm.) în ceea ce priveşte proprietatea. Examenul comparativ făcut de *Loeber* (**Der Vertrag**) îl conduce la concluzia că echivalentul contractelor economice sovietice, în ordinile juridice occidentale, este acel *hoheitlich gestalteter Vertrag*. Este evident însă că asemănările privind mai ales elemente formale şi deosebirile de funcţie şi de substanţă dintre Sisteme sunt majore. Explicaţia este simplă. Proprietatea, ca şi contractele economice, sunt elemente esenţiale ale *constituţiei economice*, iar aceasta constituie un element determinant. Prin urmare, el precizează profilul caracteristic al Sistemului, diferenţiindu-l profund de celelalte Sisteme.

[119] *Loeber*, 225.

nivel, cele două categorii de drept făcând parte din stadii deosebite de evoluţie. După juriştii *socialişti*, ordinile juridice *capitaliste*, instrumente ale asupririi muncitorilor, sunt destinate să dispară spre a fi înlocuite de către dreptul ce se află în stadiul cel mai ridicat al dezvoltării juridice, sociale şi economice, dreptul comunist, instrument de realizare a unei societăţi fără clase, deci fără exploatare[120]. Aceasta duce la concluzia că ordinile juridice din cele două grupe nu sunt comparabile, deoarece nu se pot compara decât ordini juridice aflate în acelaşi stadiu de evoluţie. Acest punct de vedere nu este acceptat de juriştii ţărilor *capitaliste*, ei necrezând nicidecum că dreptul lor ar fi calitativ inferior, iar dreptul *socialist* calitativ superior[121]. În realitate, acest argument îşi are rădăcina în ideea evoluţiei uniliniare, marea idee de la mijlocul secolului trecut pe care *Marx* şi *Engels* au luat-o de la *Morgan* şi pe care au aplicat-o, ca şi etnologii dreptului, în viaţa socio-juridică. Totuşi, diferenţa stadiilor de evoluţie nu prezintă un criteriu ştiinţific valabil[122]. Critica acestei concepţii învechite, complet abandonată astăzi, cu excepţia juriştilor socialişti, a fost deja expusă[123].

---

[120] Pentru a afla cum s-a dezvoltat dreptul comparat ca rod al capitalismului şi ca instrument al imperialismului, a se vedea *I. Szabó*, **La science comparative du droit**, 98 şi urm. Mai departe (114) acelaşi autor afirmă că dreptul *capitalist* este expresia exploatării, pe când "dreptul socialist reprezintă tipul de drept ce nu cunoaşte nici o exploatare şi care în acelaşi timp înseamnă tipul cel mai înalt şi ultimul din istorie". Exemplul nu este decât unul dintr-o serie interminabilă de alte exemple. În realitate, cele trei afirmaţii au fost înaintate la rangul de dogme fără vreun examen prealabil sau vreo probă concretă, pe când adevărata ştiinţă juridică lasă dogmele pe seama religiei. Un examen aprofundat va demonstra cu uşurinţă că ordinile juridice *burgheze* sunt cu mult mai puţin "exploatatoare" decât cele *socialiste*. Dar pentru aceasta trebuie să se pună de acord asupra noţiunii de "exploatare" şi să se realizeze acest examen în mod concret, imparţial şi cu bună credinţă.

[121] *Loeber*, 202. Astfel, de pildă, *Kosarev* (citat de *Loeber*, **Der Vertrag**, 6) scrie: "So offenbart z. B. ein Vergleich des sozialistischen und des bourgeoisen Rechts die qualitativ höhere Stufe des sozialistischen Rechts". Pentru indicaţiile bibliografice suplimentare a se vedea *Loeber*, loc. cit., nota 24. *Adde* afirmaţiile lui *I. Szabó* (nota precedentă). Autorii *socialişti* nu spun în virtutea cărui criteriu tipul de drept cel mai recent este cel mai înalt. Şi aici, probabil, e vorba de dogma progresului continuu valabilă în ştiinţele tehnice, dar inacceptabilă în ştiinţele sociale. De altfel, de ce dreptul *socialist* ar fi ultimul din istorie? Cine cunoaşte sfârşitul istoriei omeneşti? Istoria este trecutul cunoscut; viitorul necunoscut este o simplă speculaţie.

[122] *Loeber*, 211.

[123] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 54.

Dacă lăsăm deoparte unele excepţii foarte rare[124], se poate afirma că, în doctrina occidentală, până în 1969 problema comparabilităţii cu ordinile juridice ale Sistemului *socialist* n-a fost pusă, nici rezolvată pe plan principial[125]. Până atunci comparatiştii au abordat chestiunea aceasta într-un mod mai mult sau mai puţin accesoriu de altfel, cu prilejul comparărilor instituţionale. Problema a fost pusă, de exemplu, în legătură cu comparabilitatea contractelor[126] sau a proprietăţii. Din motive diferite, unii jurişti occidentali sunt de părere că actul comparării între contractele ordinilor juridice europene şi cele ale Sistemului *socialist* este posibil[127]. Alţii, cunoscând puţin Sistemul *socialist*, sau mânaţi de o voinţă, de altminteri lăudabilă, deşi inocentă, de a rezolva deosebirile profunde de natură economică, politică, ideologică şi juridică existente între aceste Sisteme prin cuvinte, sau duşi de mirajul unei evoluţii convergente a ordinilor noastre juridice cred că, de pildă, dreptul contractelor ţărilor *socialiste* şi *capitaliste* se dezvoltă în aceeaşi direcţie[128]. Alţi jurişti, conştienţi de profundele diferenţe ce separă ordinile noastre juridice de cele ale Sistemului *socialist*, ajung la concluzia că ordinile juridice respective nu ar fi comparabile. Astfel, *Zweigert*[129] se întreabă dacă în

---

[124] *Loeber*, 201 şi urm. şi, într-o oarecare măsură, după el *Jakobs*, Ost-EuRe, 1963, 108 şi urm. În doctrina occidentală, studiul acesta fundamental al lui *Loeber* a clarificat problema comparabilităţii ordinilor juridice cu fundament socio-economic diferit. *H. Hazard* (**Socialist Law**) a studiat problema comparabilităţii din punctul de vedere al publicaţiei *International Encyclopedia*.

[125] Acesta era obiectul Colocviului organizat de Societatea de Legislaţie comparată în cadrul "Săptămânii internaţionale a dreptului comparat" (Paris, 9-14 octombrie 1969) asupra dreptului comparat şi sistemelor socio-politice (**Livre du Centenaire**, Paris 1971, II, 144-191). Toţi comparatiştii occidentali s-au pronunţat afirmativ, deşi cea mai mare parte a argumentelor lor au fost de ordin general.

[126] A se vedea în privinţa aceasta unele dintre rapoartele occidentale prezentate la zilele de studiu de la Trèves în iunie 1961 (RabelsZ 27 (1962-1963) 478 şi urm.; dări de seamă: JZ 1961, 230 şi urm.; OstEuRe 1961, 230 şi urm.) şi de la Schwalbach în 1963 (dare de seamă: OstEuRE 1963, 166). Pentru poziţia diverşilor jurişti occidentali privind comparabilitatea contractelor, a se vedea *Loeber*, **Der Vertrag**, 12 şi urm., 27 şi urm. În ceea ce priveşte proprietatea, a se vedea, de exemplu, rapoartele lui *Raiser*, RabelsZ 26 (1961) 230, şi ale lui *Lukici*, **Notions de la propriété dans l'Europe socialiste et dans les Etats capitalistes présentes à Trèves en juin 1963**, RabelsZ 27 (1962-63) 2 şi urm. *Strebel* (421) ajunge la aceeaşi concluzie.

[127] A se vedea juriştii citaţi de *Loeber*, op. cit., 13 şi urm.

[128] *A. Tunc*, RabelsZ 27 (1962-63) 478 şi urm. = raport prezentat la Tagung für Rechtsvergleichung, la Trèves în iunie 1963. A se vedea critica lui *Posch* şi *Petev*, 91. A se vedea de asemenea **supra**, Nr. 8.

[129] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 579 şi urm. A se vedea rezervele în acelaşi sens ale lui *R. Rodière*, 85.

cazul punerii faţă în faţă a ordinilor juridice cu structuri economice şi sociale atât de eterogene, instituţiile şi problemele[130] sunt comparabile încă[131]. În sfârşit, alţi jurişti nu cred, - chiar dacă compararea ar fi posibilă, - că rezultatul ar fi interesant din punct de vedere ştiinţific[132].

Poziţia doctrinei *socialiste* era mult mai clară. Datorită motivelor enumerate adineauri, ştiinţa sovietică şi cea a ţărilor din Est negau comparabilitatea Sistemului *socialist* cu ordinile juridice aparţinând altor Sisteme[133]. Autorii erau de părere că actul de comparare a *formelor* juridice nu înseamnă nimic atunci când *conţinutul* lor economic este total deosebit. Baza economică a societăţii socialiste a dat dreptului un cu totul alt caracter decât în ţările burgheze. Urmarea e că actul de comparare a ordinilor juridice bazate pe o ordine economică şi socială atât de deosebită este în realitate imposibil. Totuşi, începând din 1962[134], dezbaterea asupra problemei comparabilităţii ordinilor juridice ale Sistemului *socialist* cu alte ordini de drept a dus într-o perspectivă mai obiectivă la alte concluzii. Acum, toţi comparatiştii, şi îndeosebi cei din ţările din Est, admit comparabilitatea şi insistă asupra utilităţii ei[135],

---

[130] Deci termenii de comparat.

[131] Astfel, non-comparabilitatea ordinilor juridice ar duce la non-comparabilitatea termenilor de comparat.

[132] *Sandrock*, 64.

[133] În privinţa poziţiei şi a argumentelor diverşilor jurişti sovietici, a se vedea *Loeber*, 201 şi urm.; *Jakobs*, 109, nota 2; *Loeber*, **Der Vertrag**, 4 şi urm. În ceea ce priveşte juriştii şi doctrina Sistemului *socialist* care au tratat problema comparabilităţii, a se vedea de asemenea indicaţiile bibliografice date de *Loeber*, **Der Vertrag**, 8, notele 31-43. *Eörsi*, loc. cit.

[134] A se vedea în acest sens afirmaţia lui *Viktor Knapp*, **supra**, Nr. 8, nota 46. *Jadlowski* (loc. cit., 187) precizează că al doilea val al acestei discuţii se desfăşura între 1964-1968. *Eörsi* (398) constată că "literatura socialistă privind compararea ordinilor juridice ale sistemelor sociale diferite s-a dezvoltat în ultimul timp" şi dă indicaţii bibliografice în acest sens. Indicaţiile acestea trebuie să fie completate cu cele date de *Loeber*, **Der Vertrag**, 8 (notele 31-43). În privinţa unei expuneri mai amănunţite a acestei evoluţii, a se vedea *János Tóth*, 227 şi urm.

[135] *Blagojevici* (şi *Jovicici*) loc. cit., 609 scriu: "Posibilitatea aceasta (a comparării) există în mod indiscutabil. De altfel, nu e numai o posibilitate, este un imperativ ce se impune şi uneia şi celeilalte ordini juridice şi în interesul lor propriu". De altfel, activitatea Institutului de drept comparat din Belgrad, înfiinţat în 1955, după autori (ibid. 615) "prima instituţie de drept comparat dintr-o ţară socialistă", o dovedeşte din plin. *Knapp* (**Quelques problèmes méthodologiques**, 75, nota 4) afirmă că a renunţat la opinia sa în materie, expusă în articolele sale citate mai sus. *Czachòrski* (490) enumeră principalii comparatişti polonezi care s-au pronunţat în favoarea posibilităţii de comparare între ordini juridice cu bază politico-economică diferită. În acelaşi sens *I. Szabó*, loc. cit., 387 şi *acelaşi*, **La science comparative du droit**, 116. *Jodlowski* (loc. cit. 186) afirmă: "Cred că situaţia actuală permite constatarea că în ţările socialiste, printre jurişti, opinia care este - dacă nu generală, măcar predominantă - este opinia că cercetările comparative pe planul comparărilor sistemului socialist şi sistemului capitalist sunt posibile şi chiar de dorit".

de altfel subliniind în acelaşi timp necesitatea de a lua precauţii metodologice. Poziţia actuală este justă deoarece, în ciuda faptului că unele argumente avansate înainte au fost exacte, concluzia trasă atunci, privind comparabilitatea ordinilor juridice, era inexactă. Într-adevăr, cu toate diferenţele fundamentale, ordini juridice făcând parte din Sisteme juridice bazate pe structuri politice şi ideologice, sociale şi economice deosebite, sunt comparabile[136].

Trebuie totuşi subliniat că autorii de drept comparat sovietici şi cei din ţările din Est insistă cu toţii şi mai decişi decât comparatiştii occidentali asupra consecinţelor metodologice ce rezultă din aceasta. Ei subliniază în unanimitate faptul că există "principii şi instituţii (care) constituie substanţa dreptului socialist"[137], faptul că trebuie distins "între dreptul ca formă (fenomen) şi conţinutul său (substanţa sa)"[138]; că trebuie examinat conţinutul "socio-economic" al instituţiilor; că nu trebuie să existe "o izolare a instituţiilor juridice de baza lor socio-economică"[139], etc. "Concluzia inevitabilă ce se impune deci este că, în urma studiilor comparate ale ordinilor juridice *socialiste* şi *burgheze*, trebuie să se ţină seama de *diferenţele substanţiale*[140] care le separă şi să nu se califice drept substanţiale similitudinile care nu sunt decât formale"[141].

Or, eu cred că aici, pentru a răspunde la toate aceste rezerve sau precizări metodologice îndreptăţite, teoria elementelor determinante[142]

---

[136] *Blagojevici* (**Livre du Centenaire**, II, 26) precizează: "concepţia care prevalează la ora actuală pleacă de la faptul că studiile juridice comparative sunt posibile de asemenea între ordinile juridice ale Statelor având Sisteme socio-economice diferite, cu condiţia de a avea în mod constant în vedere faptul de a acorda o semnificaţie determinată, cu ocazia acestor studii, existenţei diferenţelor fundamentale în sistemul socio-economic". În vederea unui rezumat al poziţiei comparatiştilor din ţările *socialiste*, a se vedea recentul articol al *Yolandei Eminescu*, **Sur le problème de la comparabilité des systèmes de droit différents**, Jahrbuch für ostrecht 1974.

[137] *Blagojevici* (şi *Jovicici*) 605; *I. Szabó*, **Science du droit et coexistence**, 422 şi urm.

[138] *V. Knapp*, 538.

[139] *Czarchòrski*, 491.

[140] Noi facem sublinierea deoarece considerăm că e vorba aici de ceea ce am denumit elementele determinante iar *Loeber*, *systembezogene Rechtsinstitutionen*.

[141] *Blagojevici* (şi *Jovicici*) 609.

[142] Cred că elementele determinante corespund în largă măsură cu ceea ce *Loeber* (226) numeşte *systembezogene Rechtsinstitute*. Acestea sunt pentru el instituţii juridice care se bazează puternic pe ordinea economică şi socială a dreptului respectiv cum ar fi proprietatea şi contractul. *Bernhardt* (432 şi urm.) constată că în dreptul public există domenii şi instituţii juridice determinate de voinţa unor anumite forţe politice. Pe de altă parte, el pune (437) drept condiţie a comparabilităţii o structură juridică fundamentală asemănătoare a statelor respective, ceea ce este inexact. În privinţa elementelor determinante, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 85 şi urm. şi Ştiinţa dreptului comparat.

capătă întreaga sa valoare[143]; comparatistul trebuie să ştie că este vorba de ordini juridice care fac parte din Sisteme juridice diferite, prin urmare că are de-a face cu ordini juridice având elemente determinante diferite. Astfel prevenit, comparatistul trebuie să ţină seama de influenţa pe care elementele determinante o exercită în mod necesar asupra termenilor de comparat. Odată cunoscută existenţa, tot astfel ca şi poziţia centrală şi dominantă a elementelor determinante în fiecare ordine juridică, va trebui neapărat să se ţină seama de influenţa directă sau indirectă pe care ele o exercită asupra tuturor celorlalte elemente ale ordinii juridice respective[144], deci şi asupra termenilor de comparat. Aceasta explică regula metodologică ce obligă la examinarea termenilor de comparat, într-o a doua fază[145], înlocuindu-i în ansamblul raporturilor ce îi leagă de ordinea juridică respectivă şi de factorii extrajuridici. Totuşi, odată admisă existenţa elementelor determinante şi a regulilor metodologice[146] ce rezultă din aceasta, compararea se dovedeşte posibilă[147] tocmai fiindcă, prin elementele determinante, se ţine cont de aceste diferenţe fundamentale. Riscul de a ajunge la concluzii false, întemeiate doar pe asemănări formale ale termenilor de comparat, se elimină în acest fel. Compararea ce ţine seama de existenţa şi importanţa elementelor determinante poate să ajungă la concluzii în acelaşi timp exacte şi extrem de interesante. Marile diferenţe de structuri politice, ideologice şi economice nu reprezintă un obstacol în calea comparării[148], dacă totodată se ţine seama de întinderea

---

[143] Sper că această teorie poate să satisfacă obiecţiile lui *Eörsi*, *Knapp*, *Jaroszynki*, *Szabó*, *Blagojevici*, *Jovicici*, etc.

[144] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 87 şi urm.

[145] A se vedea **infra**, Nr. 71 şi urm.

[146] În acest sens *Loeber*, 224. Regulile acestea subliniază importanţa elementelor determinante pentru comparare.

[147] *Strebel* (421) scrie că actul comparării în dreptul public se va roti întotdeauna în jurul noţiunii de *Rechtsstaatlichkeit*. Lucrul este exact în măsura în care noţiunea aceasta constituie un element determinant.

[148] Problema fusese pusă înainte în mod general, şi nu în legătură cu Sistemul *socialist*. A se vedea în acest sens *Fontana*, 139 şi urm.; *Ravà*, 56. A se vedea de asemenea *de Sola Cañizares*, 179 şi urm. *Strebel* (422) este de aceeaşi părere, întrucât el admite că actul comparării cu state care nu sunt State de drept (bineînţeles în sensul occidental al termenului) este posibilă şi foarte interesantă pentru a scoate la iveală contrastul asupra acestui punct. *Kaiser* (403) pare a fi de o părere contrară, ceea ce este inexact. *Bernhardt* (437) este de asemenea de părere că nu trebuie comparate decât ordinile juridice care au aceeaşi structură, iar aceasta îndeosebi atunci când e vorba de instituţii juridice având un caracter politic. Astfel, afirmă el, compararea Parlamentului aparţinând unei ţări cu sistem democratic cu Parlamentul unei Republici Populare nu poate duce la concluzii

elementelor determinante. Compararea este deci posibilă[149] însă numai cu condiţia de a ţine seama de faptul că aceste ordini juridice conţin elemente determinante diferite care influenţează profund structurile lor şi cea mai mare parte a particulelor lor juridice elementare.

CU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

valabile. Afirmaţia este valabilă, însă concluzia trebuie să fie diferită. Într-adevăr, chiar în acest caz, compararea rămâne posibilă şi poate duce la rezultate valabile dacă se ţine seama de elementele determinante ale ordinilor juridice comparate.

[149] În acelaşi sens, *David*, **Droit comparé et systèmes socio-politiques**, RIDC 1970, 263 şi urm. şi **Livre du Centenaire**, II, 149.

CARTEA A DOUA

FAZELE PROCESULUI METODOLOGIC

Fără o anumită concepţie a dreptului trecând dincolo de simpla normă juridică, dreptul nu este decât o biată tehnică.

BCU IASI CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

40. DIVIZIUNEA PROCESULUI METODOLOGIC ŞI REGULA CELOR TREI C

Conform definiţiei date, procesul comparativ cuprinde o serie de operaţii care se înlănţuie într-un mers judicios, îndreptat către un scop precis. În realitate, procesul comparativ trece prin mai multe faze, care se deosebesc unele de altele. Aceste operaţii metodologice pot fi reunite în mai multe grupuri. Aceasta va permite o mai bună sesizare a realităţii intrinseci şi a elementelor metodei comparative, precum şi precizarea mai bună a regulilor pe care comparatistul trebuie să le urmeze în fiecare din aceste faze.

După părerea mea, aceste faze sunt în număr de trei şi fiecare poate fi rezumată de un cuvânt - cheie. Fiecare cuvânt acoperă o serie de acţiuni[1] şi de operaţii ce trebuie realizate în timpul fazei corespunzătoare. Astfel, metoda comparativă constă în a conduce un studiu comparativ de-a lungul a trei stadii succesive, şi anume: *connaître*, *comprendre*, *comparer*[2] (a cunoaşte, a înţelege, a compara, în limba română N.T.). Este regula celor trei C.

Prima fază, consacrată analizei, cuprinde toate acţiunile necesare cunoaşterii termenilor de comparat. A doua fază cuprinde toate operaţiile metodologice necesare înţelegerii termenilor de comparat în cadrul ordinilor juridice cărora le aparţin. A treia fază, consacrată sintezei, cuprinde toate acţiunile pe care comparatistul trebuie să le întreprindă pentru a compara, deci pentru a desprinde adevăratele raporturi existente între termenii de comparat ce fac parte din ordini juridice diferite.

Aceste trei faze trebuie să se desfăşoare în ordinea indicată. Într-adevăr, fiecare dintre ele reprezintă pregătirea necesară şi etapa preliminară realizării fazei următoare. Astfel, cunoaşterea particulelor juridice elementare ce alcătuiesc termenii de comparat nu este decât pregătirea obligatorie, prin care comparatistul ajunge, în faza ulterioară, la înţelegerea termenilor de comparat în cadrul ordinilor lor juridice. La rândul ei, această înţelegere este condiţia indispensabilă în vederea comparării propriu-zise. Cu alte cuvinte, trebuie să cunoşti ca să înţelegi şi trebuie să înţelegi pentru a putea compara.

---

[1] Mulţi dintre comparatiştii care sunt de părere că ar exista mai multe metode comparative cred, în mod eronat, că diversele acţiuni şi operaţiuni ce se leagă de fiecare fază constituie metode diferite. A se vedea **supra**, Nr. 13.

[2] *Puget* (RIDC 1949, 494) afirmă, în modul cel mai exact, că există trei grade esenţiale: "Trebuie să ştii, trebuie să înţelegi, trebuie să exploatezi". În continuare, explicaţiile sale devin nesigure. A se vedea *Langrod* (363) care propune o altă împărţire.

În prima fază, şi spre a-l examina mai bine, trebuie izolat termenul de comparat de ordinea sa juridică. Dar veritabila existenţă şi rolul termenului de comparat nu poate fi înţeleasă decât în cadrul ordinii sale juridice, deci în legătură cu elementele determinante şi cu factorii juridici şi metajuridici ce exercită asupra lui o influenţă directă sau indirectă. De aceea, în a doua fază, termenul de comparat trebuie integrat în ordinea juridică respectivă şi examinat în relaţiile lui cu aceasta din urmă. În a treia fază, termenii de comparat trebuie puşi în relaţie unul cu altul spre a le scoate la iveală asemănările şi deosebirile. Tocmai fiindcă nu a fost sesizată importanţa diferenţelor existente între aceste trei faze[3], tocmai fiindcă n-au fost distinse în mod net acţiunile ce se leagă de fiecare din ele, nici rolul lor, în acelaşi timp specific şi complementar, tocmai datorită acestor lucruri s-a ajuns, destul de des, să se compare fără a se înţelege, iar câteodată s-a vrut să se înţeleagă fără a se cunoaşte cu adevărat instituţiile comparate.

De altfel, aceste trei faze nu sunt ermetic separate. Dimpotrivă, ele sunt solidare şi complementare, deoarece ele sunt stabilite una în funcţie de alta. În realitate, aceste trei faze, ce merg de la analiză la sinteză, constituie trei stadii suprapuse. Ele alcătuiesc un fel de piramidă tăiată în trei tronsoane orizontale sau, altfel spus, o rachetă cu trei trepte. Prima, cea care conţine baza, este dedicată cunoaşterii termenilor de comparat. A doua este destinată înţelegerii termenilor de comparat în cadrul ordinilor juridice respective iar a treia, conţinând vârful, este rezervată comparării.

Un capitol va fi consacrat fiecăreia dintre aceste trei faze. Capitolul al patrulea va fi închinat examenului formei expunerii comparative.

---

[3] De altfel, în acest domeniu, ignorarea problemei sau confuzia constituie o regulă pentru comparatişti. *Roy C. Macridis*, (**The Study of Comparative Government**, New York 1955, p. IX şi urm.) în observaţiile sale metodologice (citat după *Langrod*, 361, nota 30) afirmă că stările succesive ar fi următoarele : 1 "collection and description of facts on the basis of carefully constructed and generally adhered to classificatory schemes"..., 2 "discovery and description of uniformities and differences"; 3 "formulation of interrelationships between component elements of the (political) process and other social phenomena"...; 4 "subsequent verification of tentative hypotheses by rigorous empirical observations". Sper că explicaţiile ce vor urma mă scutesc de a critica aici această diviziune ce păcătuieşte prin confuzii logice şi metodologice. Referindu-se în mod special la unificare, *M. Mateucci*, în raportul său general (**Les méthodes de l'unification du droit**, Roma 1956, 17 şi urm.) prezentat la Barcelona cu ocazia primei întâlniri (7-20 sept. 1956) a Organizaţiilor ce se ocupă de unificarea dreptului, afirmă că trebuie început prin a face un "studiu *vertical*, legislaţie cu legislaţie". "Acestui studiu vertical va trebui să-i urmeze un studiu *orizontal*, constând dintr-o comparare între soluţiile atinse în diversele sisteme...". Afirmaţia aceasta este şi ea prea generală şi numai în parte exactă.

Capitolul I

PRIMA FAZĂ: CUNOAŞTEREA TERMENILOR DE COMPARAT

Secţiunea I

JUXTAPUNERE SAU COMPARARE

41. STUDIUL DREPTULUI STRĂIN ŞI COMPARAREA ORDINILOR JURIDICE

Pentru a compara, metoda comparativă trebuie să înceapă prin *a descoperi* instituţiile juridice de drept străin ce alcătuiesc termenii de comparat. Descoperindu-le, comparatistul nu face decât să le constate şi să le expună. Operaţia pare destul de modestă; de fapt ea cere multă îndemânare şi ştiinţă. Căci, mai mult decât juriştii naţionali, comparatiştii trebuie să ştie să combine ceea ce *Jhering* numea arta observaţiei (*Beobachtungsgabe*) cu talentul de a expune (*Darstellungstalent*). Aceste calităţi le sunt necesare comparatiştilor încă din timpul primei faze. Pentru a le face de înţeles juriştilor naţionali instituţii juridice străine, comparatiştii trebuie deseori să le facă să sufere un fel de transformare aparentă, destinată să le apropie de categoriile şi noţiunile cunoscute din dreptul naţional.

Totodată, studiile de drept străin nu se confundă cu compararea. Oricât de banală ar fi ea, precizarea aceasta este necesară, întrucât de multe ori, şi nu numai în trecut, au fost confundate cele două operaţii. Adesea, altădată[1] şi chiar în prezent[2], jurişti care fac studii de drept străin cred că fac comparare. Începând cu Congresul de la Paris, au fost făcute eforturi pentru a-i substitui confuziei tradiţionale distincţia netă dintre comparare şi studiul de drept străin. *Saleilles* începuse prin a

---

[1] Este ceea ce istoricul dreptului comparat a arătat. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 27-64.

[2] A se vedea critica tăioasă a lui *Langrod*, **Réflexions**, RIDC 1957, 361, nota 30.

afirma că atunci "când se rezumă la o juxtapunere de texte împrumutate din legislaţiile unor ţări diferite" nu se face drept comparat, înţeles ca ştiinţă independentă. "Ceea ce furnizăm atunci sunt nişte documente şi încă nişte proaste documente"[3]. Totuşi, cel ce a insistat cel mai mult asupra acestei probleme şi care a pus-o cu adevărat în lumină este *Lambert*. Pentru el, studiile de drept străin "deşi având rolul să iniţieze jurisconsulţii unei ţări în cunoaşterea fie a legislaţiei fie a jurisprudenţei dintr-una, din mai multe sau chiar din ansamblul ţărilor străine"[4], nu constituie drept comparat. Lucrările de care este legată cea mai mare parte a activităţii Societăţilor de legislaţie comparată din Paris, din Londra sau din Berlin şi care merg de la traducerea codurilor până la studiile de drept străin aduc servicii preţioase practicienilor şi pregătesc opera de comparare, călăuzind primii paşi ai comparatiştilor. Dar, în ciuda utilităţii lor şi a valorii lor intrinseci, studiile de drept străin nu trebuie confundate cu studiile de drept comparat. Pentru a înţelege mai bine diferenţa, *Lambert*[5] reia exemplul dat de *Schuster*[6] după care, învăţând mai multe limbi, nu te iniţiezi în ştiinţa limbii, tot astfel cum învăţând mai multe gramatici nu înveţi gramatica comparată[7]. De altfel, încă de la începutul lucrării sale, *Lambert*[8] respinge "concepţia, pe cât de simplă pe atât de nefecundă, (care) vede în iniţierea jurisconsulţilor din fiecare ţară în cunoaşterea legislaţiilor străine singurul obiect al dreptului civil comparat". Desigur, nici studiul dreptului străin nici juxtapunerea soluţiilor date de diverse ordini juridice aceleiaşi proble-

---

[3] *Saleilles*, **Conception et objet de la science juridique du droit comparé (Procès-verbaux)** I, 167. *Lambert* (**La Fonction**, 13) crede că această remarcă este inexactă în generalitatea ei, întrucât tratează prea ieftin materiale indispensabile. Punctul de vedere al lui *Saleilles* era general acceptat. La acelaşi Congres, *Raoul de la Grasserie* (**Procès-verbaux**, I, 214) scria că "Dreptul comparat formează al doilea grad al ştiinţei legislaţiilor; el se confundă prea adesea cu dreptul străin ... Dreptul străin nu constituie o ştiinţă mai mult decât dreptul naţional, e o simplă cunoaştere"... La rândul său, *Zitelmann* (**Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé, Procès-verbaux** I, 190) scria: "O ştiinţă care ar învăţa să cunoască conţinutul diferitelor ordini juridice străine nu ar fi în mod sigur încă o ştiinţă a dreptului comparat, fiind doar o juxtapunere a diferitelor ştiinţe juridice naţionale".

[4] *Lambert* (**Procès-verbaux**) I, 29 şi urm.

[5] *Lambert*, loc. cit., 31; *acelaşi*, **La Fonction**, 14.

[6] *E. Schuster*, **Die praktische Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für das Familien- und Erbrecht**, JblVeVglRwiss II (1896) 71 şi urm.

[7] Acelaşi exemplu este reluat de *Sauser-Hall* (41) ca şi de mulţi alţi autori moderni.

[8] *Lambert*, **La Fonction**, 8.

me nu constituie un act de comparare[9]. Dar studiul ordinilor juridice străine reprezintă un element esenţial al procesului comparării. Este deci important de precizat domeniul lor respectiv.

Orice studiu de drept comparat presupune şi se bazează pe studii paralele de drept străin. Acestea sunt, pentru dreptul comparat, ceea ce materia primă este pentru industrie. Într-adevăr, înainte de a compara termenii de comparat este indispensabil de a-i cunoaşte cu de-amănuntul, aşa cum sunt concepuţi, interpretaţi şi aplicaţi în fiecare din aceste ordini de drept[10]. Între un studiu de drept comparat şi un studiu de drept străin există numeroase relaţii şi pe bună dreptate se poate spune că ele nu trebuie opuse unul altuia. Cel puţin tot atât de exact este însă şi faptul de a nu le confunda. Căci, în ciuda raporturilor lor strânse, există o distincţie fundamentală între cele două ordini de studii[11]: se pot întreprinde studii de drept străin fără a se face drept comparat[12]. Ce este important atunci este de a cunoaşte structura, conţinutul, funcţia şi efectele pe care le are o instituţie într-o ordine juridică străină. Nu este vorba de a transforma instituţia aceasta juridică în termeni de comparat, spre a o compara cu echivalentul ei din altă ordine juridică. Studiul se va limita la un studiu de drept străin, fără a deveni însă un studiu de drept comparat. Diferenţa dintre cele două ipoteze constă în faptul că nici scopul operaţiei nici calitatea cunoaşterii nu sunt aceleaşi.

---

[9] *Gutteridge*, 25 şi urm.; *Balogh*, 122, nota 8; *v. Rauchhaupt*, 151; *Sauser-Hall*, 39; *Genzmer*, **Zum Verhätnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung**, ARSP XLI (1954-55) 336; *David*, **Traité**, 8; *Ascarelli*, 12; *de Sola Cañizares*, 99; *Schnitzer*, I, 113; *Aubin-Zweigert*, 28, 56; etc.

[10] *Lambert*, (**La Fonction**, 13) scrie: "Iniţierea în cunoaşterea precisă a fiecăreia dintre legislaţiile străine este preliminară şi indispensabilă oricărei comparări între ele". Şi în privinţa aceasta, aproape toţi autorii sunt de acord în momentul de faţă. Astfel: *Sarfatti*, **Introduzione allo studio del diritto comparato** (Torino 1933) 31 şi urm.; *Messineo*, **L'indagine comparativa negli studi giuridici**, Annuario dell'"Università Cattolica de Sacro Cuore" (1929-1930) 16 şi urm.; *Di Carlo*, **Cenni di introduzione allo studio del diritto comparato**, AFG Perugia 1935, 125 şi urm.; *Fontana*, 65 şi urm. şi passim, etc.

[11] În privinţa aceasta cea mai mare parte a autorilor este de acord. Citäm cu titlu de exemplu: *David*, **Traité**, 8 şi passim; *Aubin-Zweigert*, 24, 32; *Niboyet*, **Rapport (Enquête Unesco)** 47; *Neumayer*, 422, 429; etc.

[12] *Arminjon-Nolde-Wolff* (I, 29) scriu: "O colecţie de tratate privind ordini juridice naţionale nu este un tratat de drept comparat".

42. Scopul cunoaşterii în studiile de drept străin şi în compararea ordinilor juridice

Într-adevăr, cunoaşterea unei instituţii juridice străine poate constitui o operaţie utilă şi interesantă în ea însăşi şi în afara oricărei voinţe de a compara. Pentru a înţelege mai bine procesul metodologic al comparării juridice trebuie să ne întrebăm prin ce se deosebeşte cunoaşterea în cele două cazuri.

Cunoaşterea în general a unei instituţii juridice de drept străin pe de o parte, şi cunoaşterea sa ca termen de comparat pe de altă parte, constituie două operaţii care, identice în tehnica şi conţinutul lor, se deosebesc totuşi prin scopul pe care ele îl slujesc. Scopul acesta pune problema raportului existent între cunoaşterea acestei instituţii ca atare şi ca termen de comparat. În primul caz, cunoaşterea instituţiei juridice de drept străin constituie un scop în sine; operaţia se opreşte aici. În cel de-al doilea caz, cunoaşterea termenului de comparat nu este decât un mijloc destinat să permită compararea ulterioară. Operaţia nu se opreşte aici deoarece achiziţia acestei cunoaşteri nu constituie decât o etapă ce trebuie completată de altele, astfel încât scopul să fie atins. Deci, trecând în mod necesar prin cea dintâi etapă, dar depăşind-o, se realizează procesul metodologic al comparării juridice. De altfel, din cauza aceasta un studiu comparativ va începe întotdeauna cu un studiu de drept străin, deşi unul nu se confundă cu celălalt. În aceasta constă diferenţa metodologică principală care există între cele două ordini de studii[13].

43. Cunoaşterea instituţiilor juridice străine ca scop în sine

Cunoaşterea dreptului străin (cu alte cuvinte a instituţiei sau a problemei juridice respective) poate reprezenta un scop în sine[14] şi poate răspunde unor nevoi de diferite ordini. Ea poate răspunde unei curiozităţi ştiinţifice şi poate porni din dorinţa de a ieşi din cadrul propriei ordini juridice, spre a cunoaşte cum au rezolvat aceeaşi problemă ordini de drept străine. De altfel, cea mai mare parte a monografiilor şi a studiilor referitoare la dreptul străin nu sunt studii comparative, ci simple expuneri de drept străin[15].

Acest gen de studii poate să răspundă de asemenea nevoii de a cunoaşte dreptul străin în scopul de a-l aplica. Este cazul ori de câte ori

---

[13] *Langrod* (loc. cit., 362, nota 30) afirmă că le separă un abis.

[14] *v. Rauchhaupt*, 151.

[15] *Schnitzer*, I, 36.

juriştii naţionali trebuie să interpreteze sau să aplice reguli ale unei ordini juridice străine. Internaţionalizarea unei părţi tot mai importante a procesului economic, dinamica vieţii afacerilor şi mobilitatea mereu mai accelerată şi lărgită a subiectelor şi a obiectelor de drept, dincolo de ordinea lor juridică originară, obligă avocaţii şi magistraţii să cunoască din ce în ce mai mult ordinile juridice străine necesare soluţionării conflictelor cu componente internaţionale[16]. Acestui proces de natură generală i se adaugă procesul particular al integrării regionale care, în cadrul Comunităţii Economice Europene, vizează să asigure nu numai libera circulaţie a mărfurilor dar în acelaşi timp şi cea a factorilor de producţie. Ceea ce multiplică numărul problemelor juridice având o componentă comunitară. Tratatul CEE a avut în vedere aceste probleme din unghiul factorilor de producţie, neînţelegând să reglementeze decât problemele care, pe acest plan, sunt puse prin liberalizarea lor. Dar libera circulaţie a mărfurilor, dreptul de stabilire a persoanelor juridice şi libera circulaţie a lucrătorilor în interiorul Pieţei Comune pun foarte numeroase probleme de drept internaţional privat. Este evident, de pildă, că milioanele de muncitori comunitari şi străini ce se găsesc în Belgia, în Franţa sau în Germania pun juriştilor şi tribunalelor respective numeroase probleme de drept străin, ce ţin de statutul personal, de dreptul familiei, de dreptul bunurilor şi de succesiune, a căror rezolvare necesită studiul şi cunoaşterea regulilor şi a instituţiilor juridice ale ordinilor de drept străine pe care trebuie să le aplice. În foarte numeroase cazuri, tribunalele trebuie să aplice, ca drept străin, dreptul italian, francez, german, spaniol, grec. Aceasta le obligă să cunoască instituţiile şi regulile juridice ale dreptului străin ca să le poată aplica. Totuşi, dacă numărul cazurilor în care juriştii sunt obligaţi să studieze şi să cunoască instituţii şi reguli ale dreptului străin creşte, situaţia este, din punctul de vedere ce ne preocupă, aceeaşi, deoarece cunoaşterea dreptului străin îşi conţine scopul, aici, în ea însăşi. Studiile acestea de drept străin se opresc de îndată ce cunoaşterea este

[16] A se vedea dezvoltările lui *David*, **Traité**, 36 şi urm. Astfel de studii sau lucrări pot avea o mare valoare. Cine poate ignora importanţa considerabilă şi serviciile inestimabile aduse de lucrarea monumentală a lui *Bergmann* şi a lui *Ferid* (**Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht**, ed. a 4-a, 1969, cu aduceri la zi continue). Colecţia cuprinde mai întâi traduceri ale principalelor texte legale ale dreptului căsătoriei, ale filiaţiei şi naţionalităţii din 81 de ţări. Însă aceste legi sunt însoţite de o scurtă introducere în ordinile juridice respective. De când sarcina ediţiei cade numai pe umerii lui *Ferid* singur, explicaţiile generale ale textului şi mai cu seamă notele explicative cuprinzând indicaţii bibliografice şi jurisprudenţiale nau făcut decât să se înmulţească şi să se dezvolte. Bazându-se pe texte, ele devin adevărate introduceri la instituţiile respective ale ordinilor de drept străine.

dobândită. În privinţa aceasta, ele se deosebesc de studiile de drept comparat cărora le furnizează materia primă indispensabilă.

Unii autori sunt totuşi de părere că diferenţa dintre cele două operaţii constă în faptul că studiul de drept străin trebuie nu numai să dea o imagine generală a instituţiei în cauză, dar şi să-i înfăţişeze toate detaliile, pe când studiul de drept comparat trebuie doar să se mulţumească să scoată la iveală elementele caracteristice ale termenilor de comparat[17]. Această distincţie abstractă este inexactă din punct de vedere metodologic. Într-adevăr, în ambele cazuri, rolul studiului este de a da imaginea cea mai exactă şi mai completă posibilă a instituţiei juridice străine; căci, într-o ipoteză ca şi în alta, numai astfel se va putea ajunge la acea cunoaştere a instituţiei străine necesară studiului dreptului străin, luat ca atare, ca şi în calitate de termen de comparat şi primă etapă a procesului de comparare. De altfel, numai expunând termenul de comparat în mod complet se pot cu adevărat scoate în evidenţă toate caracteristicile sale, ceea ce este necesar procesului comparării. De asemenea, în felul acesta se poate exercita controlul juriştilor care fac parte din ordinea juridică supusă comparării asupra înţelegerii corecte a termenului de comparat.

44. Cunoaşterea dreptului străin ca primă fază a comparării ordinilor juridice

De la *Saleilles*, care scria: "noi am simţit că înainte de a proceda pe calea unei sinteze comparative, trebuia să cunoaştem cu de-amănuntul, printr-o analiză integrală, fiecare din domeniile juridice şi legislative ce trebuia să slujească drept puncte de comparare"[18], autorii sunt aproape unanimi[19] asupra acestui lucru. Totuşi, pentru a compara trebuie mers mai departe. Trebuie apoi să integrăm instituţia juridică, devenită termen de comparat, în ordinea juridică respectivă, confruntând-o cu celălalt termen de comparat spre a le sesiza raporturile. După cum remarcă *David*[20] pe bună dreptate, pentru a putea desprinde adevăratele raporturi dintre două ordini de cercetare, trebuie nu numai să stabilim principiul că se poate face drept comparat fără a proceda

[17] *Schnitzer*, I, 36 şi autorii pe care îi citează.

[18] *Saleilles*, Prefaţă la cartea lui *Lyon-Caen*, **La femme mariée allemande. Ses droits et ses intérêts préliminaires** (Paris 1903).

[19] În afara autorilor citaţi la Nr. 40, trebuie să-i adăugăm pe: *Sauser-Hall*, 39 şi urm.; *Schnitzer*, I, 36, 38; *David*, **Traité**, 8 şi urm.; *de Sola Cañizares*, 99 şi urm.; etc. Totuşi *Eörsi* (398) greşeşte socotind că e vorba aici de o falsă problemă.

[20] *David*, **Traité**, 8.

totuşi la o comparare, ci şi să completăm principiul acesta prin corolarul său, şi anume că, invers, nu e cu putinţă să facem o comparare juridică fără a fi studiat în prealabil ordinile juridice străine ce formează termenii de comparat. Acelaşi autor[21] este de părere că raportul acesta, atât de evident, a fost puţin ignorat în organizarea studiilor, ceea ce a determinat facultăţile de drept francez să procedeze la compararea juridică înainte chiar de a institui cursuri de iniţiere în dreptul străin. Dacă este posibil să se facă în Franţa prea mult drept comparat şi nu destul de mult drept străin, e foarte probabil ca invers, să se facă în Germania, unde cea mai mare parte a catedrelor şi institutelor se consacră studiului dreptului străin, prea mult drept străin şi nu destul drept comparat.

În procesul comparării juridice, cunoaşterea nu reprezintă decât prima fază, deoarece în această ipoteză cunoaşterea instituţiei străine nu este un scop în sine. Obiectivul său este de a ajunge la o cunoaştere a termenului de comparat exactă, pe cât de completă posibil. Cum trebuie însă să procedeze comparatistul pentru a dobândi cunoaşterea cea mai exactă şi mai completă cu putinţă a termenului de comparat? De-a lungul acestei perioade, sarcina comparatistului are caracterul unei ştiinţe bazate pe observaţie[22]. Printr-o observare obiectivă şi detaliată acesta constată ceea ce există. În acest sens *Niboyet*[23] preciza: "Există două etape: o primă etapă, etapa descriptivă, în care trebuie să se cunoască dreptul străin, apoi o a doua etapă care constă în a-l exploata ca pe o materie primă care a fost scoasă din pământ şi care apoi trebuie tratată".

45. Fragmentarea termenilor de comparat şi schema comparativă

Metoda comparativă nu este nici analitică nici sintetică; ea combină ambele metode, în funcţie de faze. Prima fază este rezervată analizei termenului de comparat; ultima, sintezei comparative.

Cunoaşterea termenului de comparat, obiectul primei faze, nu se poate realiza decât în urma unui examen analitic. Dar pentru a-l putea analiza trebuie să începem prin a fragmenta termenul de comparat în diversele sale elemente şi părţi componente.

---

[21] *David*, loc. cit.

[22] *Lambert*, **La Fonction**, 102 şi passim.

[23] *Niboyet*, **Montesquieu et le droit comparé, La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des Lois. 1748-1948** (Paris 1952) 256 şi urm.

Scopul analizei termenilor de comparat este de a ajunge la cunoaşterea lor cea mai completă şi cea mai exactă, în ei înşişi şi în cadrul ordinii lor juridice. Cu toate acestea, dacă la început e vorba de o cunoaştere izolată a termenilor de comparat, trebuie să precizăm că la urmă trebuie să fie vorba de o cunoaştere comparativă. Diferenţa este fundamentală, iar trecerea de la prima la cea de-a doua formă de cunoaştere este asigurată de *schema comparativă*[24]. Comparatistul nu trebuie să se lase dus în expunerea ordinilor juridice străine de particularităţile[25] unui termen de comparat. Dimpotrivă, el trebuie să găsească o schemă comparativă în stare să cuprindă toate aspectele termenilor de comparat. Pentru aceasta, comparatistul trebuie să fragmenteze termenii de comparat în elementele lor componente. Toate aspectele termenilor de comparat trebuie să fie fărâmiţate într-o serie de mici probleme distincte care alcătuiesc schema comparativă. Elementele şi problemele făcând parte din aceasta pot fi de natură instituţională sau structurală, formală sau materială, conceptuală sau funcţională, ideologică sau politică, de rezultat direct sau indirect. În sfârşit, schema comparativă trebuie să cuprindă *toate* elementele, chiar şi pe cele care nu sunt comune, întrucât este important de ştiut dacă un element este individual şi nu se regăseşte într-unul sau în celălalt din termenii de comparat. Astfel, ca să analizăm pensia alimentară în caz de divorţ[26], trebuie examinată toată seria de probleme referitoare la aceasta, ca de pildă: vina în divorţ are sau nu o influenţă asupra atribuirii pensiei alimentare; soţul care cere pensia alimentară trebuie sau nu să se afle în stare de necesitate; ce se înţelege prin această noţiune; între starea de necesitate şi vină trebuie să existe un raport direct sau nu; cum este conceput acest raport; când trebuie să intervină starea de

---

[24] Problema aceasta a fost subliniată îndeosebi în studiile comparative făcute de echipe plurinaţionale sau de raportori naţionali care, toţi, insistă asupra importanţei chestionarului (a se vedea **infra**, Nr. 53). În acelaşi sens, observaţiile lui *Schlesinger* (**Formation of Contracts**, I, 31 şi urm.) privind importanţa acelui *Working Paper*. De fapt e vorba de o problemă specifică metodei comparative şi nu există studiu comparativ valabil care n-a trebuit să o rezolve.

[25] E ceea ce *Tallon* (**La formation des contrats: recherche du fond commun des Systèmes juridiques, Réflexions sur le projet de la Cornell Law School**, RIDC 20, 1968, 729 (732)) reproşează proiectului Cornell Law School. În acelaşi sens, *Marc Ancel*, **Utilité et méthodes**, 98.

[26] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegatten im französischen Recht** (Köln 1965); *acelaşi*, **Le principe de la causalité en matière de pension alimentaire**, RIDC 1965, 761 şi urm.; *Teigelack*, **Die Unterhaltansprüche der geschiednen Ehegatten in rechtsvergleichender Darstellung Frankreich-England-Deutschland** (Stuttgart, Bruxelles 1970).

necesitate; pot părţile reglementa pensia alimentară prin convenţii particulare şi în ce condiţii; care este data de la care plecând astfel de convenţii pot interveni în mod valabil; cine stabileşte şi în ce mod cuantumul pensiei alimentare; este acesta revizuibil şi în ce condiţii; beneficiarul pensiei alimentare poate să o piardă şi în ce condiţii; care sunt garanţiile pentru plata pensiei alimentare? etc...

Numai fragmentarea termenului de comparat[27] face posibilă analiza sa în toate detaliile şi, prin urmare, permite o mai bună comparare cu părţile corespunzătoare ale celuilalt termen de comparat. Fragmentarea termenului de comparat constituie condiţia indispensabilă a analizei care, în această fază, reprezintă metoda capabilă de a ajunge la cunoaşterea termenului de comparat.

E vorba aici de o operaţie delicată şi foarte importantă pentru metoda comparativă, şi asta deşi un ochi neavizat riscă să nu o judece la adevărata ei valoare. Realizarea acestei operaţii e mai uşoară în caz de comparare instituţională. Ea devine mai anevoioasă atunci când se pun faţă-n faţă ordini juridice având structuri foarte diferite, cum ar fi dreptul englez faţă de ordinile juridice europene, şi atunci când comparabilitatea termenilor de comparat este de natură funcţională sau de rezultat. Oricum, fărâmiţarea termenilor de comparat într-o serie de elemente şi de probleme particulare, mai mult sau mai puţin comune, alcătuind schema comparativă, va încadra deja analiza termenilor de comparat într-o perspectivă comparativă. Sinteza comparativă va avea o temelie puternică care va revela mai uşor şi mai bine adevăratele relaţii dintre termenii de comparat. Într-adevăr, în a treia parte, expunerea trebuie neapărat să urmeze schema comparativă şi să precizeze în fiecare punct relaţiile existente între cei doi termeni. Concluziile sau sinteza comparativă[28] vor ieşi limpede la iveală dacă schema comparativă a fost bine făcută şi dacă analiza termenilor de comparat a ţinut seamă de acest lucru.

46. ABSTRAGERE ŞI INTEGRARE A TERMENULUI DE COMPARAT ÎN ORDINEA SA JURIDICĂ

Orice ordine juridică constituie un ansamblu coerent de instituţii şi de reguli juridice. Ca celule ale acestui organism, particulele juridice

---

[27] A se vedea schema comparativă a lui *Auby-Fromont*, **Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne** (Paris 1971).

[28] A se vedea **infra**, Nr. 105 şi urm.

elementare nu au o existenţă autonomă. Structura şi rolul lor se explică mai ales în funcţie de întregul din care ele fac parte integrantă. Aceste raporturi, legând părţile de întreg, explică ansamblul legăturilor vizibile şi invizibile prin care particulele juridice elementare sunt legate de ordinea lor juridică. Cu toate acestea, înainte de a sesiza aceste legături, adică înainte de a înţelege termenul de comparat ca parte integrantă din ordinea sa juridică, comparatistul trebuie să cunoască termenul de comparat ca atare. Rezultatul acesta poate fi mai uşor dobândit dacă, în prima fază, se izolează cu un scop metodologic termenul de comparat de ordinea sa juridică. Operaţia este delicată, căci nu se poate abstrage termenul de comparat din toate interferenţele pe care ordinea juridică, şi îndeosebi elementele sale determinante, le exercită asupra lui. Totuşi, prin abstragerea termenului de comparat din ordinea sa juridică trebuie înţeles mai ales faptul că acesta va fi examinat mai întâi în el însuşi, lăsând la o parte raporturile sale cu ordinea juridică. Precauţia aceasta metodologică este limitată la prima fază. În cea de-a doua fază trebuie procedat la operaţia inversă, adică a integra termenul de comparat în ordinea sa juridică[29].

Într-adevăr, înţelegerea termenului de comparat, care constituie obiectivul celei de-a doua faze, nu poate fi obţinută decât examinând termenul în raporturile sale cu ordinea juridică şi mai ales scoţând la iveală modul în care acest termen este influenţat de ea şi de elementele sale determinante.

Secţiunea a II-a

REGULILE METODOLOGICE ALE ACESTEI FAZE

47. PRINCIPIUL METODOLOGIC FUNDAMENTAL CARE ARATĂ CUM TREBUIE OBŢINUTĂ CUNOAŞTEREA TERMENULUI DE COMPARAT. REGULILE METODOLOGICE CE DECURG DIN ACEASTA

Care este metoda pe care comparatistul trebuie s-o aplice spre a cunoaşte termenul de comparat în toate elementele şi funcţiile sale? Care sunt principiile care precizează această metodă? Cea mai mare parte a comparatiştilor care s-au ocupat de problema în chestiune au dat o serie de sfaturi folositoare privind felul de a aborda o ordine

[29] A se vedea **infra**, Nr. 71 şi urm.

juridică străină, pentru a se ajunge la cunoaşterea termenului sau termenilor de comparat. Unele sunt sfaturi metodologice, altele practice, arătând institutele de drept comparat, enciclopediile sau lucrările generale în care juriştii străini pot găsi primele informaţii. Mulţi autori recunosc că aceste sfaturi nu au nimic original. Aproape întotdeauna, ele sunt rodul experienţei comparatiştilor. E prima lor caracteristică. A doua caracteristică este că aceste sfaturi abordează problema tocmai în perspectiva în care aceste experienţe au fost făcute. Astfel, *Gutteridge* se plasează în perspectiva britanică pentru a le explica juriştilor englezi problema izvoarelor juridice în Sistemul continental[30] sau problema interpretării în dreptul comparat[31]. Aceasta îi permite să schiţeze un tablou comparativ interesant şi instructiv privind izvoarele dreptului şi tehnica interpretării lor în dreptul englez şi continental. Invers, *David*[32] arată primejdia care-l întâmpină pe juristul francez când se apropie de dreptul străin cu o concepţie franceză şi îl interpretează pe acesta după propria sa metodă.

Prima observaţie care se desprinde este că, deşi se aseamănă în linii mari, aceste sfaturi metodologice variază în aplicarea lor practică, în funcţie de Sistemul juridic în care se plasează autorii lor. Dat fiind însă că metoda comparativă este unitară, trebuie desprinse principiile comune care o diriguiesc şi care sunt generale.

În această fază, metoda pe care comparatistul trebuie s-o aplice este definită de o regulă fundamentală din care decurg toate celelalte. *Regula aceasta îi cere comparatistului să examineze termenul de comparat în funcţie de izvoarele, cu mijloacele, spiritul şi optica ordinii juridice din care termenul de comparat face parte.* În faza aceasta, dreptul străin trebuie cercetat din interior, cu alte cuvinte aşezându-te *în* cadrul său, lucrând cu conceptele sale, cu logica sa şi cu metodele sale de interpretare[33]. E aici o regulă metodologică totodată elementară şi capitală.

Este evident că nu se poate înţelege dreptul chinez dacă este examinat cu metode de analiză împrumutate din dreptul german, sau când este studiat dreptul musulman după metodele şi în spiritul dreptului englez. Un astfel de mod de a proceda interzice cunoaşterea

---

[30] *Gutteridge*, 104-134.

[31] *Gutteridge*, 135-152.

[32] *David*, **Traité**, 10 şi urm.

[33] Bineînţeles, aceasta nu-l va împiedica pe comparatist să vadă, încă din timpul acestei faze, ordinea juridică străină cu alţi ochi decât juristul naţional; să descopere aici, deja în timpul acestei faze, aspecte noi, deosebiri şi asemănări în raport cu propria sa ordine juridică, elemente pe care le va exploata îndeosebi de-a lungul fazei a treia.

termenului de comparat, întrucât îl falsifică, pe măsură ce se sileşte să-l cunoască. Spre a ocoli asemenea erori, comparatistul trebuie să urmeze principiul fundamental care a fost deja formulat[34] şi care, de altfel, este o regulă de bun simţ: în cercetarea unui termen de comparat făcând parte dintr-o ordine juridică străină, comparatistul trebuie să procedeze la fel ca juristul aparţinând înseşi acestei ordini juridice. El trebuie să recurgă la aceleaşi izvoare ca acesta, să le atribuie aceeaşi valoare şi să le interpreteze în acelaşi mod. Niciodată nu se va stărui destul asupra însemnătăţii cardinale a acestei reguli care, în aparenţă, este un loc comun.

Din acest principiu general decurg cinci reguli metodologice care şi ele sunt reguli de bun simţ. Prima este că termenul de comparat trebuie examinat aşa cum este. A doua îi cere comparatistului să studieze termenul de comparat în cadrul izvoarelor sale originare. A treia este că el trebuie să cerceteze termenul de comparat în complexitatea şi în totalitatea izvoarelor juridice care, în ordinea respectivă, converg să formuleze, să precizeze, să interpreteze şi să aplice regula de drept. Potrivit celei de-a patra reguli, comparatistul trebuie să respecte ierarhia izvoarelor juridice caracteristică ordinii juridice din care face parte termenul de comparat. A cincea regulă este că metoda de interpretare pe baza căreia comparatistul trebuie să interpreteze termenul de comparat nu este aceea a propriei sale ordini juridice, ci aceea întrebuinţată în ordinea juridică din care face parte termenul de comparat. Numai aplicarea riguroasă şi consecventă a acestor reguli metodologice îi va permite comparatistului să ajungă la cunoaşterea exactă a termenului de comparat. Un examen mai amănunţit al fiecăreia dintre aceste reguli metodologice va scoate la iveală problemele caracteristice aplicării lor.

Cu toate acestea, înainte de a o face, trebuie să subliniem încă o dată cu tărie interferenţa ştiinţei dreptului comparat asupra metodei comparative. Căci, după cum vom vedea, fiecare dintre aceste reguli metodologice pune în joc un element determinant ce se schimbă fundamental odată cu Sistemul juridic. Astfel, regulile metodei comparative devin comprehensibile dacă se ţine cont de existenţa Sistemelor juridice şi îndeosebi de elementele determinante ca şi criterii ale elaborării lor. Comparatistul care va examina un termen de comparat care face parte dintr-un alt Sistem juridic va trebui să ştie că respectarea celor cinci reguli metodologice indicate îl va obliga să ţină seama de concepţiile, în acelaşi timp proprii precum şi profund originale, pe care fiecare Sistem le are în materie de structură, de ierarhie a izvoarelor juridice şi de metodă de interpretare.

[34] *David*, **Traité**, 10 şi urm.

Secțiunea a III-a

PRIMA REGULĂ METODOLOGICĂ

48. A STUDIA TERMENUL DE COMPARAT ASTFEL CUM ESTE

Înainte de a examina celelalte reguli metodologice, este util să rezolvăm o problemă de principiu care a preocupat filozofii dreptului şi care poate avea o influenţă asupra metodei. Punând problema de a şti care este obiectul comparării *Radbruch*[35] se întreba dacă comparatistul trebuie să examineze ordinile juridice astfel cum sunt, în aplicarea lor practică, sau astfel cum ar trebui să fie, potrivit unei interpretări dogmatice corecte. *Radbruch* pleca de la ideea că rolul dogmaticii era de a face o ordine juridică sau o lege în stare de a fi aplicată. Invers, chiar din momentul în care o lege încetează de a mai fi în vigoare, ea încetează de a fi obiect de studiu dogmatic ca să devină numai un obiect de studiu de ştiinţă socială. După el, interesul ştiinţific nu se referă la problema de a şti cum o lege ar trebui să fie interpretată şi aplicată, ci doar la cum este ea interpretată şi aplicată în fapt. Aceasta apropie istoria dreptului de compararea dreptului. O ordine juridică străină nu este cercetată cu intenţia de a o aplica ci cu intenţia de a o recunoaşte ca factor de civilizaţie (*Kulturfaktor*)[36]. Astfel, dreptul străin nu este obiect de cercetare juridico-dogmatică, ci de cercetare de ştiinţă socială. Ceea ce înseamnă că dreptul străin trebuie examinat nu cum ar trebui să fie interpretat şi aplicat, ci cum este el interpretat şi aplicat în fapt[37].

Consecinţa este logică, însă ea se întemeiază, în realitate, pe argumente mai simple. Primul argument este că nu se ştie ce trebuie înţeles prin *dreptul astfel cum ar trebui să fie.* E vorba aici de vreo instituţie mai bună, aşadar mai adaptată ordinii juridice avute în vedere? Aceasta va rezulta tocmai din comparare. E vorba oare de un drept ideal, atemporal, un fel de drept imuabil? Noi ştim că aşa ceva nu există. E vorba oare de un drept ideal, aşa cum ar trebui să fie, elaborat printr-o

---

[35] *Radbruch*, **Uber die Methode der Rechtsvergleichung**, 424.

[36] Se recunoaşte influenţa lui *Kohler*; a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47.

[37] Această concepţie implică o dublă greşeală metodologică. Prima este de a crede că există un drept aşa cum ar trebui să fie, deci ideal (a se vedea **supra**, Nr. 9). A doua greşeală este de a crede că se poate interpreta un termen de comparat altfel decât cu ajutorul metodei după care îl interpretează juriştii ordinii juridice respective (a se vedea **infra**, Nr. 67 şi urm.).

interpretare *dogmatică* sau *logică*? Dar tocmai că nu există o metodă de interpretare logică sau dogmatică universal valabilă. În realitate, principalul obiectiv al acestei faze este de a ajunge la cunoaşterea cea mai exactă a termenului de comparat. Acest lucru implică obligaţia de a constata termenul de comparat astfel cum este[38], deci astfel cum funcţionează el în realitate, în ordinea juridică respectivă. Ceea ce nu exclude, desigur, de a arăta, acolo unde este posibil, că între textul legii şi realitatea jurisprudenţială există un decalaj[39]; că printr-o interpretare *deformantă* tribunalele au dat textelor o altă semnificaţie, de pildă mai convenabilă nevoilor practice, deşi în contradicţie cu litera textului. Dar, termenul de comparat trebuie examinat aşa cum este, cu toate sursele şi sub toate aspectele sale. În orice caz, el trebuie interpretat potrivit metodei cu ajutorul căreia îl interpretează proprii săi jurişti.

Problema prezintă şi un alt aspect. Una din piedicile mari ale metodei comparative constă în faptul că comparatiştii nu pot sau nu ştiu să ia distanţa necesară faţă de termenul de comparat străin. Foarte adesea, lor le este greu să-şi dea seama că o ordine juridică străină *concepe* aceeaşi instituţie juridică într-un mod complet diferit[40]. Numeroase

---

[38] Este ceea ce afirmă, exact, *Strebel* (407) după care cercetarea în ştiinţele naturale tinde să descopere legi, pe când în ştiinţele socio-istorice ea are în vedere să obţină cunoştinţe (*Erkenntnisse*) şi să ajungă la înţelegerea concretului şi a individualului, ceea ce - de altfel - nu exclude examinarea istoriei şi a factorilor ce au dus la ceea ce este.

[39] Sprijinitorii sociologiei juridice, îndeosebi în Statele Unite, fac o distincţie între "law in the Books" şi "law in action", deci între dreptul aşa cum este formulat şi aşa cum este efectiv aplicat. În acest sens, de asemenea, *Ernst Hirsch* (**Rechtssoziologie heute, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie**, Köln 1967, 9 şi passim). Este evident că între normă, aşa cum este formulată, şi aplicarea ei există adesea deosebiri. Ele se pot datora unor cauze de fapt, unor raţiuni ideologice, unor raţiuni de drept, ca de pildă o anume politică jurisprudenţială. Schimbările de jurisprudenţă privind interpretarea aceluiaşi text de lege o dovedesc. Dar asemenea constatări fac parte din ştiinţa juridică, deşi ele sunt de asemenea obiecte de cercetare ale sociologiei juridice. Oricum, astfel de constatări fac în mod necesar parte din metoda comparativă, a cărei primă îndatorire este de a obţine norma juridică alcătuind termenul de comparat aşa cum este, deci aşa cum este aplicată în mod efectiv. Se poate ca, încercând să descopere cauzele distanţării constatate între norma scrisă şi aplicarea ei, comparatistul să găsească unele cauze de natură sociologică. Punând problema suplimentară de a şti de ce societatea sau anumite grupuri sunt convinse că o normă nu mai trebuie aplicată după cum prescrie textul, trecem în domeniul sociologiei juridice care poate scoate la iveală cauzele diferenţelor ideologice. (*Maihofer*, **Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft**, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1970, 20). A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 84

[40] A se vedea, de pildă, reflecţiile, adesea false, ale lui *Albrecht Dieckmann*, **Compte rendu**, AcP 168 (1968) 414 şi urm.

greşeli se datorează faptului că mulţi comparatişti încep prin a înfăţişa termenii juridici străini în acelaşi fel în care aceştia sunt concepuţi în propria lor ordine juridică. În loc să examineze termenii de comparat aşa cum sunt, comparatiştii substituie sau proiectează în locul lor imaginea termenului de comparat naţional[41]. În ipoteza aceasta, compararea este falsă încă de la început. Termenul de comparat străin nu mai este el însuşi; el devine proiecţia imaginii şi a atributelor pe care termenul de comparat le posedă în dreptul comparatistului, ceea ce este fals. *Rabel*[42] i-a avertizat demult pe comparatişti.

[41] În ciuda controverselor comparabile, existente în ordinile juridice franceză şi germană, privind natura logodnei, diferenţele de concepţie între cele două ordini juridice, asupra acestui punct, sunt profunde. Dreptul francez, adică jurisprudenţa şi doctrina dominantă, nu a conceput logodna ca un contract juridic obligatoriu, ci ca pe un fapt implicând o simplă "datorie de conştiinţă". La aceasta se adaugă ideea de respect cuvenit persoanei umane care, potrivit art. 1142 C. civ., exclude orice executare forţată a unei astfel de obligaţii. Rezultatul este că dreptul francez nu concepe logodna ca pe un *Eheversprechen*, întemeind o obligaţie juridică, fie şi de natură specială, cum o concepe dreptul german. Astfel afirmaţia lui *Detlef Schumacher* (**Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts**, Stuttgart 1969, 53) că: "In der französischen Praxis bildete sich schon früh der Grundsatz heraus, dass die Nichterfüllung eines Eheversprechens Schadenersatzansprüche hervorrufen kann..." este falsă din trei puncte de vedere. Mai întâi, logodna în dreptul francez nu constituie o promisiune de căsătorie ce întemeiază o *obligaţie juridică* pentru a realiza căsătoria cum s-ar putea spune că este cazul în dreptul german. Apoi, pentru că în dreptul francez,*ruptura* (Bruch) logodnei nu constituie o neexecutare, nici o *rezoluţiune*, ceea ce ar presupune tocmai existenţa unui contract sau a unui angajament juridic, ca în dreptul german. În sfârşit, deoarece ruptura ("Nichterfüllung eines Eheversprechens") - ca atare - nu-i suficientă ca să producă daune-interese în dreptul francez. Autorul concepe logodna precum şi ruptura ei în dreptul francez în termenii şi potrivit concepţiei germane. Or, diferenţele conceptuale dintre cele două ordini de drept sunt mari, chiar dacă, din punctul de vedere al rezultatelor practice, deosebirile sunt reduse.

[42] *Rabel* (**Fachgebiete**, 196) scrie că actul comparării poate "uns nur dann von Wert sein, wenn sie der genauesten Auslandsforschung gedanklich nachfolgt, nicht aber in diese die Ideengänge und Konstruktionen des eigenen Rechts einmischt. Der Fehlerquellen gibt es gerade genug, um alle Betrachtungen abzulehnen, die sich nicht bemühen, Verfälschungen des Bildes aufs äusserste zu vermeiden".

Secțiunea a IV-a

A DOUA REGULĂ METODOLOGICĂ

49. A EXAMINA TERMENUL DE COMPARAT ÎN SURSELE SALE ORIGINARE

Înainte de a compara doi termeni de comparat aceştia trebuie cunoscuţi în ei înşişi, deci trebuie studiaţi individual şi separat. E o regulă metodologică formulată în prima jumătate a sec. al XVII-lea cu o uimitoare claritate de *Seldon* care scria: "There is here a perception of the fundamental maxim of all comparative studies that the two or more things to be compared must first of all be studied and known separately and individually, and that only then can a comparison prove of any theoretical or pratical value..."[43]. Dar ca să cunoşti cu adevărat o instituţie juridică străină trebuie s-o examinezi în mod direct, deci cu ajutorul surselor originare. Problema surselor pune diverse probleme, deşi aflate în strânsă legătură. Prima problemă este cea a autenticităţii surselor şi a calităţii lor ştiinţifice. Cealaltă este cea a accesului la sursele dreptului străin.

Sursele pe care comparatistul trebuie să le folosească pentru analiza termenilor de comparat trebuie să fie originale, autentice şi având o valoare ştiinţifică. Comparatistul nu se poate încrede în nişte informaţii de mâna a doua, în traduceri literale sau în texte incomplete sau perimate[44]. Această exigenţă de bun simţ este şi o regulă indispensabilă a metodologiei comparative. Atât de evidentă încât astăzi pare o banalitate, regula a fost mult timp ignorată, iar aceasta nu numai în etnologia juridică şi în istoria comparată a dreptului, ci şi în compararea ordinilor juridice actuale.

După cum s-a remarcat adesea, multe afirmaţii din *Spiritul legilor* sunt lipsite de valoare ştiinţifică, în calitate de elemente de drept comparat, tocmai fiindcă ele se întemeiau pe surse ne-controlate, neautentice sau ne-ştiinţifice. Etnologia juridică s-a bazat de asemenea pe povestiri de călătorii privind moravurile juridice sau legile exotice sau *primitive*. Încă *Lambert*[45] arăta cât de fanteziste erau teoriile privind

---

[43] Citat de *Hug*, **The History of Comparative Law**, HarvLR XIV (1931-32) 1047, nota 94.

[44] În acest sens *Lambert*, **La Fonction**, 13.

[45] *Lambert*, **La Fonction**, 283; *David*, **Traité**, 29, nota 1.

sursele dreptului musulman făcute de *Sawas Pacha*[46]. Nu sunt decât două exemple dintr-o foarte lungă serie căreia istoria comparată a dreptului şi etnologia juridică i-au adus o contribuţie apreciabilă. Lipsa documentelor cu adevărat ştiinţifice a provocat recurgerea la elemente nesigure, tot astfel cum numărul lacunelor în ce priveşte sursele a uşurat abuzul ipotezelor în istoria ca şi în etnologia comparată. Problema autenticităţii surselor şi calitatea ştiinţifică a documentelor este una dintre chestiunile cele mai importante ale istoriei comparate a dreptului. Strângerea materialului, punerea sa în ordine precum şi examenul critic sunt delicate, întrucât terenul este mişcător, iar sursele incomplete. Valoarea ştiinţifică a concluziilor depinde de rigoarea examenului critic al comparatistului[47].

Axând studiul prezent pe folosirea metodei comparative în ordinile juridice actuale, vom lăsa de o parte problemele pe care le pune

---

[46] Este poate just să precizăm că discreditarea în care a căzut opera sa se datorează, măcar în parte, asprimii controversei care, timp de mai mult de 30 de ani, i-a divizat pe orientalişti în ce priveşte posibilităţile de evoluţie a Islamului. Fost ministru turc, *Sawas Pacha* a devenit suspect, poate mai puţin prin relaţiile sale decât prin intenţiile sale privind dreptul musulman. El susţinea că Islamul era nu numai capabil să evolueze, dar chiar să accepte toate instituţiile europene, oarecum islamizate puţin şi acoperite de autoritatea religioasă, necesară pentru a le face acceptabile şi chiar obligatorii musulmanilor. Aceasta a stârnit împotrivirea indignată a orientalistului olandez *Snouck Hurgronje* (**Le droit musulman**, Revue de l'histoire des religions, 37, 1898, 189 şi urm.) care considera aceste puncte de vedere ca utopice, deoarece dreptul islamic, imuabil şi definitiv fixat, nu putea să evolueze şi îl declara pe *Sawas Pacha* incompetent, deoarece nu avea nici o cunoştinţă de limbă arabă. Reproşul este exagerat în măsura în care, ca turc,*Sawas Pacha* (**Etude sur la théorie du droit musulman**, 2 vol., Paris 1892-1898) cunoştea Coranul şi dreptul islamic. Desigur, *Snouck Hurgronje* rămâne, împreună cu maghiarul *Goldziher*, unul din cele mai mari nume ale islamismului ştiinţific şi cel care i-a făcut pe occidentali să înţeleagă Legea musulmană. Dar amândoi se înşelau. Mai întâi fiindcă, în ciuda oricărui fapt, dreptul islamic a evoluat. În timpul erei clasice, el a evoluat extrem de încet şi cu mici variaţiuni. Începând cu jumătatea a doua a secolului trecut, modificările devin mai nete - mai ales în Turcia şi în Egipt - şi pun în mişcare o evoluţie ce ajunge la reforme profunde, încă de la primul război mondial (*Bousquet*, **Le Droit musulman**, Paris 1963; *Linant de Bellefonds*, **Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte**, RIDC 1955, 5 şi urm. În acest sens deja, *Mohamed Fouad Ismail Mohanna*, **Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés**, Thèse Paris 1930, 342 şi urm.). Aceasta mergea în unele ţări până la abolirea totală a legislaţiei religioase. Este cazul Turciei, unde adoptarea paralelă a unei ordini juridice europene, completă şi cuprinzând şi elementele determinante respective, a făcut în mod necesar dreptul turc să treacă de la Sistemul musulman la Sistemul european.

[47] *Lambert*, (**La Fonction**, 58) scrie: "De valoarea acestor materiale va depinde valoarea propriei sale opere".

strângerea materialului, autenticitatea sa şi examenul său critic în istoria comparată a dreptului. Principiul rămâne totuşi acelaşi: orice studiu comparativ care nu examinează termenul de comparat pe baza surselor sale originale este lipsit de valoare ştiinţifică[48]. Pericolul întrebuinţării surselor ne-originale şi a materialului incomplet, ne-verificat sau lipsit de valoare ştiinţifică este - prin el însuşi - mai redus în compararea ordinilor juridice actuale. Ori de câte ori acest pericol se concretizează, el trebuie imputat nu absenţei materialului potrivit, ci incapacităţii comparatistului de a-l găsi şi de a se sluji de el. Bineînţeles, posibilităţile de acces la sursele originale ale ordinilor juridice actuale variază. Sursele sunt complete şi total accesibile în Sistemele european şi anglo-american. Sunt autori care afirmă că în unele ordini de drept, ele nu sunt totdeauna complete nici total accesibile particularilor. Oricum, accesul la sursele originale, pentru ordinile juridice ale primelor Sisteme, este posibil, câteodată chiar în bibliotecile străine şi totdeauna în bibliotecile ţărilor avute în vedere.

Apropierea de o ordine juridică străină pune totuşi numeroase probleme. Ele sunt mai mult sau mai puţin greu de rezolvat, după cum e vorba de ordini juridice făcând parte din acelaşi Sistem juridic ca cel al comparatistului, sau din alte Sisteme juridice. În interiorul aceluiaşi Sistem juridic, ordinile juridice prezintă aceleaşi elemente determinante şi aceleaşi caracteristici fundamentale. Comparatistului nu i se pare că pătrunde într-o lume juridică nouă. Deşi deosebite şi înfăţişate într-o limbă diferită, peisajul juridic şi drumurile de acces îi sunt mai mult sau mai puţin familiare. Astfel, apropierea de dreptul francez, de către un jurist german, va fi uşurată în măsura în care cele două ordini de drept fac parte din acelaşi Sistem juridic[49]. Juristul german va găsi aceleaşi structuri juridice determinante, aceleaşi izvoare de drept ordonate în aceeaşi ierarhie. El va descoperi Coduri ce cunosc aceleaşi categorii fundamentale; el va şti unde sunt publicate legile şi nu va ignora faptul că rolul jurisprudenţei şi al doctrinei în raport cu legea sunt aceleaşi ca în ordinea sa juridică. Tocmai aceste date elementare şi fundamentale se schimbă în mod decisiv - în formă şi în conţinut - atunci când acelaşi jurist abordează dreptul englez sau o ordine juridică din Sistemul sovietic. Izvoarele nu sunt aceleaşi, ierarhia lor se schimbă, valoarea lor este diferită. Comparatistul trebuie să cunoască toate aceste elemente, care în realitate sunt elemente determinante, spre a nu falsifica accesul său la sursele originale, compromiţând astfel înţelegerea dreptului străin. Obstacolele sunt, în ipoteza aceasta, cu mult mai deosebite şi mai grele.

---

[48] În privinţa aceasta doctrina este de acord.

[49] În privinţa detaliilor, a se vedea *David*, **Traité**, 230 şi urm.

50. Problema introducerilor în ordinile juridice străine[50] şi ajutorul institutelor de drept comparat

Sfaturile practice pe care autorii le dau în privinţa felului de a aborda o ordine juridică străină şi a întrebuinţării primelor instrumente de lucru variază în funcţie de ordinile de drept străine pe care comparatistul vrea să le studieze. *Gutteridge*[51] îi sfătuieşte pe juriştii englezi să înceapă studierea ordinilor juridice continentale cu ajutorul enciclopediilor sau al unor lucrări de introducere şi apoi să treacă la examinarea codurilor şi a jurisprudenţei. *Lévy-Ullmann*[52] le propune juriştilor continentali să înceapă studiul dreptului englez prin *Commentaries on the Laws of England* de *Backstone*, nu pentru a găsi o informaţie *up to date*, ci un "teren de aterizare".

În ultimele decenii, au fost făcute numeroase eforturi spre a uşura accesul direct al comparatistului la sursele originare de drept străin. Totuşi, mai sunt probleme. Prima problemă este aceea de a şti dacă nu e preferabil să se renunţe la Introduceri şi să i se ceară comparatistului să înceapă prin studierea Tratatelor de drept străin pe care vrea să-l cerceteze. *David*[53] pune problema pentru dreptul francez. El se întreabă dacă lucrările de drept francez şi expunerile doctrinei le dau juriştilor străini o imagine cu adevărat exactă a dreptului pozitiv francez. Autorii acestora rămân adesea deoparte de viaţa juridică practică propriu-zisă, ei au o vedere teoretică a lucrurilor şi, printr-o specializare extremă, riscă să acorde detaliilor o importanţă exagerată. Din aceste motive, cititorii lor străini riscă să tragă din lucrările franceze concluzii greşite. Într-adevăr, lucrările naţionale sunt totdeauna scrise de jurişti naţionali pentru jurişti naţionali care, cunoscând ansamblul problemei, acordă unor anumite aspecte o însemnătate specială. Pentru juriştii străini,

---

[50] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La fourniture de manuels appropriés pour l'enseignement du droit comparé des Etats européens**. Raport prezentat la a doua Conferinţă europeană a Facultăţilor de drept, ţinută de Consiliul Europei, în perioada 14-16 aprilie 1971 (Actes de la deuxième conférence des Facultés de droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1971). (Text roneografiat) 201 şi urm.

[51] *Gutteridge*, 114.

[52] *Lévy-Ullmann*, 19, 20.

[53] *R. David*, **Traité**, 30 şi urm.: "Lucrările de drept francez de astăzi fac exegeza jurisprudenţei în loc să o facă pe cea a legii. Dau ele prin asta o imagine fidelă a dreptului francez? Ne permitem să ne îndoim dacă luăm în considerare erorile pe care, după ce le-au citit, juriştii străini le comit adesea în privinţa dreptului francez. De pildă, rolul esenţial pe care-l joacă jurisprudenţa este în general necunoscut în Anglia, din cauza formulei înşelătoare, încă folosită de unii autori francezi, potrivit cărora jurisprudenţa nu este un izvor de drept". În acelaşi sens: *Ascarelli*, Prefazione, XI şi passim; *Neumayer*, **Fremdes Recht**, 412 şi urm., etc.

aceeaşi problemă trebuie să fie deseori pusă în termeni diferiţi şi explicată în alt fel[54].

De aici ideea de a uşura accesul comparatiştilor la o ordine juridică străină prin elaborarea unor Introduceri generale[55] sau speciale în ordinile de drept respective. Astfel de Introduceri[56] scrise în diverse limbi asupra ordinilor juridice străine pot fi concepute în două moduri. Ele pot fi scrise de jurişti naţionali în propria lor limbă. Astfel, introducerea în dreptul francez va fi scrisă în limba franceză, de jurişti francezi, însă pentru jurişti străini[57]. Aceasta înseamnă că toţi juriştii străini, din orice ordine sau Sistem juridic ar veni, vor folosi aceeaşi Introducere. Dezavantajul acestei formule constă tocmai în generalitatea ei[58]. Căci deşi structurile dreptului francez rămân aceleaşi, abordarea juriştilor diferă după cum ei provin din Sistemul european, anglo-american, sovietic sau islamic, etc. Înţelegerea aceleiaşi probleme necesită pentru fiecare alte explicaţii.

De aceea, trebuie preferată formula a doua, a Introducerilor speciale. Această formulă este cea mai bună. Este vorba de Introduceri "pe măsură", scrise anume pentru juriştii unei ordini juridice precise şi în limba lor. Astfel, o Introducere în dreptul englez, pentru juriştii germani sau francezi, va fi scrisă în germană sau în franceză de jurişti germani[59] sau francezi[60] care cunosc dreptul englez. Faptul că ei cunosc cele două ordini juridice face din ei cei mai buni piloţi. Avantajul acestei formule este că autorii îşi pot călăuzi mai bine conaţionalii pe căile de acces

---

[54] *R. David* (**Traité**, 32) dă o serie de exemple.

[55] În vederea unui examen destul de complet privind Introducerile în diversele ordini juridice străine, publicate în diferite limbi, a se vedea *R. David*, **Traité**, 438 şi urm.

[56] A se vedea, de exemplu, în Franţa volumele din Colecţia **'La vie juridique des peuples"** publicate înaintea ultimului război sub direcţia lui *Lévy-Ullmann* şi *Mirkine-Guetzevitch*. La aceasta trebuie adăugate după război volumele colecţiei **"Les Systèmes de droit contemporain"** condusă de *R. David*.

[57] *R. David*, **Le droit français** (Paris 1960) 2 vol.

[58] A se vedea în acest sens *Fontana*, 64 şi Raportul meu (**La Fourniture de manuels appropriés pour l'enseignement du droit comparé des Etats européens**) citat mai sus.

[59] *Heymann*, **Uberblick über das englische Privatrecht, Holtzendorff-Kohler Encyklopädie** (München-Leipzig, ed. a 7-a, 1914) II, 281 şi urm. Pentru noi introduceri în dreptul englez şi american, a se vedea *Blumenwitz*, 2. A se vedea de asemenea excelenta Introducere în dreptul german scrisă în engleză pentru juriştii englezi de *Ernst J. Cohn* (**Manual of German Law**, vol. I, ed. a 2-a, 1968; vol. II, ed. a 2-a, 1971), jurist format în Germania şi profesând în Anglia.

[60] Astfel *David* (**Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre**, Paris 1948) a scris în franceză pentru francezi această Introducere în dreptul englez şi special pentru juriştii englezi o Introducere în dreptul francez în limba engleză.

spre o ordine juridică străină pe care ei o cunosc; îi fac să sesizeze, încă din capul locului, elementele cele mai caracteristice şi mai importante ale ordinii juridice străine, precum şi principalele deosebiri şi dificultăţi în raport cu propria lor ordine de drept. Din experienţa proprie[61] ei cunosc care sunt obstacolele ce barează drumul spre ordinea juridică străină respectivă şi cum să le învingă. Bineînţeles, pentru orice siguranţă, autorii pot face să fie controlată Introducerea lor într-o ordine juridică străină de către juriştii ai ordinii de drept avute în vedere[62].

În această categorie, dar având un loc aparte, trebuie menţionată ultima lucrare a marelui comparatist german, Profesorul *Murad Ferid.* Voluminoasa lucrare[63] pe care a publicat-o conţine o introducere sistematică în dreptul civil francez, făcută în limba germană. Scopul său este de a uşura accesul în dreptul francez[64] juriştilor germani care nu au cunoştinţă nici de terminologia juridică nici de dreptul francez.

Inovaţia constă în metodă, adică în faptul că lucrarea ia ca punct de plecare al expunerii, nu sistemul francez, ci sistemul BGB. Astfel, juriştii germani vor fi mai uşor călăuziţi într-o ordine juridică necunoscută. Într-adevăr, ei vor pătrunde în ordinea de drept necunoscută plecând de la baza fermă a propriului lor drept, a instituţiilor şi categoriilor juridice ce le sunt familiare. În felul acesta, ei vor fi obligaţi să vadă încă de la început corespondenţele dintre cele două ordini juridice. Din punct de vedere metodologic, este cu siguranţă soluţia cea mai bună.

Expunerea cuprinde totalitatea problemelor dreptului civil francez, arătând nu numai starea dreptului, dar şi poziţia jurisprudenţei şi a

---

[61] Ceea ce explică, de pildă, marele succes obţinut de **Introduction to French Law** de *Sheldon Amos* şi *F.P. Walton* (Oxford 1935; ed. a 3-a, 1967 de *F.H. Lawson*, după cum explică *Neville Brown* (362) : "Primul era un jurist englez care şi-a obţinut licenţa la Paris şi a devenit Quain Professeur de drept comparat la Londra; al doilea era un jurist scoţian ce avusese mulţi ani de practică în dreptul Quebecului ca Decan al Facultăţii de drept a Universităţii McGill. Amândoi îşi petrecuseră numeroşi ani în Egipt ocupând catedre şi posturi judiciare într-un regim juridic derivat în mare parte din cel al Franţei". Cunoaşterea şi experienţa personală a dreptului francez le permisese să le procure juriştilor englezi elemente de drept civil şi comercial şi, chiar prin aceasta, o excelentă introducere într-o ordine juridică a lui *Civil Law.* Cunoaşterea ordinii juridice străine în care ei îşi iniţiază cititorii explică de asemenea calităţile cărţii lui *Neville Brown* şi *Garner*: **French administrative Law** (London 1967).

[62] Formula după care articolele autorilor naţionali sunt traduse într-o limbă străină este poate mai puţin bună. A se vedea, de pildă, *T. Ansay* şi *Don Wallace Jr.*, **Introduction to Turkish Law** (Ankara 1966).

[63] Cele două volume ale lucrării cuprind mai mult de 1600 de pagini. A se vedea darea de seamă a lui *F. Sturm*, JZ 1971, 701 şi urm.

[64] În limba engleză: *R. David* şi *Henri de Vries*, **The French Legal System** (New York 1958).

doctrinei, fără a uita să dea pentru fiecare problemă o bibliografie de bază şi pentru fiecare diviziune şi noţiune fundamentală, terminologia germană şi franceză. Concepută ca o introducere într-o ordine juridică străină, lucrarea este departe de a se epuiza în aceasta sau de a se limita la aceasta. În realitate, lucrarea este comparativă în anumite părţi ale conţinutului ei şi mai ales în fondul ei, cu alte cuvinte tocmai prin faptul că dreptul francez este expus pornind de la structurile, concepţiile şi categoriile fundamentale ale dreptului civil german. Prin metoda, amploarea şi calitatea cunoştinţelor sale, lucrarea aceasta se impune şi nu numai ca simplă expunere de drept civil francez. Ea constituie, totodată, un mijloc foarte sigur de a pătrunde în dreptul francez, dar reprezintă de asemenea şi un instrument foarte complet de cunoaştere a acestui drept. În realitate, lucrarea este o adevărată sumă de idei şi un model în genul ei. Calităţile acestea permit să se prevadă că lucrarea este destinată a deveni în secolul XX, pentru juriştii germani care vor să cunoască dreptul francez, ceea ce tratatul lui *Zachariae* a fost de-a lungul sec. XIX. Este evident că dacă alte lucrări de introducere în ordini juridice străine ar putea avea această calitate, problema cunoaşterii ordinilor juridice străine ar fi rezolvată în mare măsură.

Contribuţia Institutelor de drept comparat la efortul făcut de a uşura accesul juriştilor la ordinile juridice străine a fost importantă. Bineînţeles, structura Institutelor variază, iar activitatea lor diferă[65]. Organizând biblioteci de drept străin, cursuri de iniţiere, trecând la traduceri de coduri şi de legi străine, publicând reviste, ele îi ajută pe comparatişti în primii lor paşi. Dar este evident că, în fapt, accesul într-o ordine juridică străină nu poate să se facă numai prin mijlocirea traducerilor[66] legilor străine şi a lucrărilor de introducere în ordinea de drept respectivă. Aceştia nu sunt decât primii paşi. În realitate, orice studiu de drept străin şi orice studiu comparativ cere în mod *ineluctabil şi fără excepţie* ca studiul termenului de comparat să se facă direct în sursele originale ale ordinii juridice avute în vedere.

---

[65] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 64.

[66] Deja în 1903 *Lambert* (**La Fonction**, 13) scria: "...analizele şi traducerile codurilor şi ale legilor străine ocupă prea mult loc. Or, analizele nu merită nici o încredere, iar traducerile nu sunt întotdeauna destul de fidele. Aceste traduceri nu pot de altfel să ne scutească de obligaţia de a ne raporta la texte".

51. Obstacolul lingvistic: terminologia juridică, traducerile terminologice, dicționarele uni- și plurilingve

Obstacolul lingvistic[67] constituie una dintre principalele dificultăți[68] pe care comparatistul trebuie să le învingă ca să ajungă la sursele proprii ale dreptului străin. Unii jurişti cred că se poate ocoli dificultatea aceasta prin soluţii prealabile. De aici, tentaţia de a rezolva problema lingvistică prin traduceri şi dicţionare şi de a asigura accesul la dreptul străin prin persoane interpuse, sau prin monologuri paralele. Aceasta cu atât mai mult cu cât codurile şi principalele legi a numeroase ţări sunt traduse în mai multe limbi. Deseori, traducerile acestea sunt oficiale, ceea ce lasă să se presupună, sau măcar să se spere, că sunt de o calitate ireproşabilă. Totuşi, realitatea este mai nuanţată şi asta din mai multe motive. Mai întâi deoarece, după cum se va preciza[69], cunoaşterea exactă a termenului de comparat necesită studierea lui în complexitatea izvoarelor de drept care, în ordinea juridică respectivă, concură în a-l forma. Într-adevăr, o instituţie juridică stabilită de un text poate fi modificată sau completată de un altul, sau de jurisprudenţă.

---

[67] A se vedea în privinţa acestei probleme Raportul meu prezentat la Conferinţa a doua a Facultăţilor de drept, organizată de Consiliul Europei, din care mai multe pasaje sunt reproduse aici (Actes de la deuxième Conférence des Facultés de droit, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1971, 199 şi urm.) şi observaţiile interesante ale lui *R. Sacco* (ibid. 344 şi urm.). Problema este complexă şi se pune în diverse domenii unde, foarte adesea, este mascată de problema interpretării. Ea se pune în dreptul internaţional (*R. Bernhardt*, **Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge**, Köln 1963); în dreptul internaţional privat (*F. Schwind*, **Inhalt und Sprache internationalprivatrechtlicher Konventionen**, ediţie specială Thessaloniki 1968, 163 şi urm.) sau în tratatele plurilingve (*Dölle*, **Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte**, RabelsZ 26, 1961, 4 şi urm.; *acelaşi*, **Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte, Festschrift Yntema**, 277 şi urm. care reia şi dezvoltă articolul precedent). Problema aceasta a căpătat o mare însemnătate în cadrul tratatelor europene (*O. Riese*, **Das Sprachproblem in der Praxis des Gerichtshofes des Europäischen Gemeinschaften, Festschrift für Dölle**, Tübingen 1963, II, 507 şi urm.; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Schutzmassnahmen nach Art. 226 EWG-Vertrag**, NJW 1964, 334; *Siegfried Dickschat*, **Problèmes d'interprétation des traités européens résultant de leur plurilinguisme**, RBdDI 1968, 41); etc.

[68] Nu există comparatist care să nu fi sesizat importanţa acestor obstacole şi să nu fi fost preocupat de rezolvarea lor. A se vedea, de pildă, *Gutteridge*, 153 şi urm.; *acelaşi*, **The Comparative Aspects of Legal Terminology**, TulaneLR 13 (1938) 401 şi urm.; *Schnitzer*, I, 100 şi urm.; *Tripiccione*, 118 şi urm.; *Yvonne Marx*, 339 şi urm.; *Lepaulle*, **Function of Comparative Law**, HarvLR XXXV (1921-1922) 838 şi urm.; *R. Pound*, **Comparative Law in Space Time**, AJoCL 4 (1955) 70 şi urm. În ceea ce priveşte formarea limbii judiciare engleze, a se vedea *Lévy-Ullmann*, 221 şi urm.

[69] A se vedea **infra**, Nr. 54.

Având la dispoziţie chiar traducerea principalelor coduri şi legi, comparatistul nu va putea găsi o traducere pentru toate elementele şi aspectele care privesc termenul de comparat. Aceasta ar trebui să cuprindă opiniile doctrinei şi hotărârile jurisprudenţei. Astfel, traducerile de care poate dispune comparatistul în unele cazuri sunt insuficiente în ele însele pentru a asigura examenul complet al termenului de comparat. Ele nu pot să-l ajute decât la început şi pentru primii paşi. Aşadar, comparatistului îi este imposibil să ocolească aceste dificultăţi şi să se folosească numai de traduceri. Nu se pot face studii comparative[70] sau de drept străin fără a înţelege limba şi terminologia ordinilor juridice respective. Dacă această condiţie elementară ar fi respectată, numărul comparatiştilor ar scădea, iar seriozitatea studiilor comparative ar creşte.

Terminologia juridică pune probleme speciale deoarece ea constituie un limbaj tehnic în interiorul limbii uzuale[71]. Aceasta este adevărat mai ales pentru terminologiile juridice al căror grad de specializare şi de tehnicitate este foarte mare, cum ar fi, de pildă, terminologia engleză, scoţiană sau chiar germană. Totuşi, aceasta este de asemenea adevărat şi pentru terminologiile simple, care se îndepărtează cât mai puţin posibil de limbajul curent, cum sunt terminologiile juridice[72] ale ordinilor de drept latine.

---

[70] *Marc Ancel* (**Utilité et méthodes**, 91) scrie : "Este clar că, pentru a aborda dreptul unei ţări străine, este *preferabil* (noi subliniem) să-i cunoşti limba". În realitate, cuvântul *preferabil* trebuie să fie înlocuit de cuvântul *indispensabil*; nu este posibil să ai un acces *direct* la izvoarele ordinilor de drept străine fără a cunoaşte limba. Sunt prea mulţi "comparatişti" care, fără să le pese, fac drept comparat fără o cunoaştere corespunzătoare a limbilor. De aceea *Ferid* (I, 4) are dreptate când îi previne pe juriştii germani că: "Wem die französische Sprache völlig fremd ist, der kann sich nicht sinnvoll ernsthaft mit dem französischen Recht befassen".

[71] Deosebirea dintre o limbă şi o terminologie a fost foarte bine rezumată de *Ortega y Gasset* (**Elend und Glanz der Ubersetzung = Miseria y esplendor de la traduccion**, München 1956, 17) care scria: "Una lengua es un sistema de signos verbales merced al cual los individuos pueden entenderse sin previo acuerdo, al paso que una terminologia solo es inteligibile si previamente el que escribe o habla y el que lee o escucha se han puesto *individualmente* de acuerdo sobre el significado de los signos".

[72] Problema raporturilor limbii cu dreptul a fost deseori cercetată. Pentru literatura juridică franceză, a se vedea îndeosebi *J. Becquart*, **Les mots à sens multiples dans le droit civil français** (Paris). În dreptul german: deja *L. Günther*, **Recht und Sprache** (Berlin 1898); *Forsthoff*, **Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik** (Halle 1940); *Horst Neumann - Duesberg*, **Sprache im Recht** (Münster 1949); *H. Dölle*, **Vom Stil in der Rechtssprache** (Tübingen 1949); *Helmut Hatz*, **Rechtssprache und juristischer Bregriff** (Stuttgart 1963); etc. Cum remarcă *Arthur Kaufmann* (**Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, Festschrift für Karl Engisch**, Frankfurt am Main 1969) ştiinţa juridică abia a luat cunoştinţă de rezultatele acestor cercetări. A examina aceste aspecte ca şi aspectele filozofice şi sociologice ar însemna să ieşim din cadrul acestui studiu ce se limitează la problema traducerii terminologice în dreptul comparat.

De fapt, fiecare ramură a cunoaşterii omeneşti posedă terminologia sa proprie. Totuşi, valoarea vocabularului este variabilă. Pentru ştiinţele exacte, semnificaţia cuvintelor şi valoarea vocabularului sunt absolute şi universale[73]; pentru ştiinţele socio-umane, ele sunt relative şi limitate în spaţiu şi în timp. Cauza constă în faptul că terminologia celor dintâi acoperă noţiuni având un conţinut stabil, exact şi identic sie însuşi în spaţiu şi în timp, pe când vocabularele juridice desemnează noţiuni relative şi proprii ordinii juridice care le-a elaborat.

Terminologia juridică variază deci de la o ordine de drept la alta. Aceste variaţii sunt reduse atunci când este vorba de ordini juridice făcând parte din acelaşi Sistem juridic şi, îndeosebi, din aceeaşi familie juridică şi lingvistică. Este cazul, de pildă, al terminologiilor juridice ale ordinilor de drept latine (franceză, italiană, spaniolă, portugheză) sau ale celor germană şi austriacă. Deşi reduse, variaţii de terminologie juridică există chiar şi în cazul acestor ordini juridice. Dimpotrivă, variaţiile terminologice sunt foarte mari când e vorba de ordini juridice aparţinând unor Sisteme juridice diferite, de exemplu, ordinile de drept ale Sistemelor anglo-american, european, *socialist* sau islamic. Aceste variaţii terminologice nu fac decât să exprime variaţiile noţiunilor şi ale conceptelor juridice.

Pentru a fixa mai bine problema trebuie să ne întrebăm ce este terminologia juridică. Terminologia juridică este punctul de întâlnire al limbii cu dreptul. Ea reprezintă învelişul lingvistic al unui conţinut alcătuit din noţiuni şi concepte juridice. Astfel, în cadrul fiecărei ordini de drept, terminologia juridică se defineşte prin două coordonate: una lingvistică şi exterioară, alta juridică şi interioară. În cadrul aceleiaşi limbi şi al aceleiaşi ordini juridice, aceste două coordonate par atât de contopite încât nu se mai disting. Numai când un termen este imprecis sau echivoc, cu alte cuvinte atunci când el nu răspunde cum trebuie nevoii de exactitate, distingem, în expresia tehnică, partea lingvistică de conţinutul juridic. Atunci, se disociază acoperirea lingvistică de noţiunea sau de conceptul juridic şi se vede că raportul lor este neregulat sau prost stabilit; că vehiculul lingvistic nu redă conţinutul juridic pe care-l poartă cu precizia cerută oricărei terminologii. Nevoia de precizie, esenţială pentru ştiinţele exacte, este tot atât de mare şi în drept. Pentru jurist, terminologia joacă rolul pe care simbolurile algebrice îl joacă în cazul matematicianului. Prin nevoia sa de precizie,

[73] De altfel, *Ortega y Gasset* (op. cit. 15) merge mai departe, deoarece el precizează că: "No exageremos, pues, la traductibilidad de las matemâticas y fisicas. Pero, hecha esta salvedad, estoy dispuesto a reconocer que la versiôn puede en ellas llegar mucho mâs cerca que en las demâs disciplinas".

dreptul participă la exigenţele ştiinţelor exacte, pe când fundamentul său socio-istoric nu poate să-i ofere decât un suport şi noţiuni de o exactitate relativă şi de o valoare schimbătoare în spaţiu ca şi în timp.

Nevoia de precizie este - cel puţin - tot atât de mare pentru dreptul comparat. Şi comparatistul, operând în aparenţă cu cuvinte, lucrează, în realitate, cu noţiuni şi concepte juridice. Rezultă că şi în acest domeniu raţionamentul riscă să fie eronat dacă precizia termenilor şi stabilitatea raporturilor ce leagă termenii de conceptele juridice nu sunt asigurate.

Traducerea terminologică în dreptul comparat pune o dublă problemă: mai întâi o problemă de traducere lingvistică, literală sau filologică; apoi o problemă de transpunere a noţiunilor şi a conceptelor juridice. Rezultatul final este atins prin realizarea simultană a acestei duble operaţii. În definitiv e vorba să se ajungă la o transpunere juridică dintr-o ordine de drept în alta printr-o tradùçere lingvistică făcută dintr-o limbă în alta. *În acest proces, traducerea lingvistică este secundară; operaţia principală o reprezintă transpunerea juridică.* Prima nu este decât mijlocul prin care se realizează transpunerea juridică. Traducerea terminologică constă în a suprapune, prin mijlocirea a doi termeni care concordă între ei, făcând parte din două terminologii juridice diferite, două concepte sau noţiuni juridice *identice*, *echivalente* sau *corespondente*, făcând parte din două ordini juridice deosebite. Traducerea terminologică nu este deci posibilă decât în măsura în care între noţiunile şi conceptele traduse există o identitate sau o echivalenţă. Munca de traducere terminologică devine anevoioasă când terminologiile respective acoperă noţiuni şi concepte juridice care nu există în cealaltă ordine juridică. Cum să traduci în franceză sau în engleză termeni ca *Gestaltungsrecht* sau *positive Vertragverletzung*, noţiuni juridice specifice dreptului german şi necunoscute celorlalte ordini juridice? Cum să traduci în germană sau în franceză termeni englezeşti ca *Trust*, *special Contract* sau *restraint on anticipation* şi atâtea alte noţiuni, specifice dreptului englez, ce nu sunt explicabile decât în contextul lor istoric.

Greutăţile sunt mai mari, iar pericolele de a greşi traducerea terminologică infinit mai grave, când e vorba de termeni identici din punct de vedere lingvistic şi de noţiuni juridice aparent comune, dar care, sub influenţa *elementelor determinante*, sunt încărcate de o substanţă nouă. Din cauza unei constituţii economice profund noi şi a unor alte raporturi sociale şi economice, noţiuni aparent comune cum ar fi *contractul*[74],

[74] *Loeber* (223 şi urm.) arată cât de diferită poate fi în dreptul sovietic substanţa termenilor comuni, care nu sunt de natură politică. Juriştii Sistemului *socialist* insistă fără ostenire şi pe drept asupra acestui aspect al problemei.

întreprinderea, *democraţia* sau *persoana juridică* au, în Sistemul *socialist*, o semnificaţie complet diferită de aceea pe care le-o dau ordinile juridice ale Sistemului european. Ca să înţelegem adevărata semnificaţie a acestor noţiuni, trebuie să cunoaştem *elementele determinante* ale ordinii juridice avute în vedere, care le condiţionează în mod direct sau indirect. Traducerea terminologică va duce la rezultate inexacte. Ceea ce trebuie este o descriere. Sarcina comparatistului va fi deci de a identifica noţiunea juridică exactă despre care este vorba în dreptul străin înainte de a traduce termenul şi mai ales înainte de a transpune conceptul. Diferenţele dintre învelişul lingvistic şi conţinutul juridic pot rămâne importante chiar atunci când identităţii terminologice îi corespunde o echivalenţă juridică sigură. Astfel, în ciuda importantelor şi numeroaselor asemănări, *Vertrag*-ul german nu coincide în întregime cu *le contrat* francez, primul fiind abstract, al doilea bazându-se pe o cauză, ceea ce naşte o serie de consecinţe. În ciuda identităţii termenilor şi a echivalenţei instituţiilor juridice, *la résolution* franceză se deosebeşte profund de acel *Rücktritt* german. Numeroase deosebiri privind condiţiile de apariţie, de existenţă, de funcţionare şi de rezultat le separă unele de altele. Să reamintim doar că prima este în principiu judiciară, iar a doua este un *Gestaltungsrecht*; că prima are efecte reale, iar a doua personale. În ciuda identităţii pe planul lingvistic, *la fin de non recevoir* nu se confundă în întregime cu *Einwendung*, nici *l'exception* cu *Einrede*. Tot astfel, există diferenţe între *l'abus de droit* şi *Rechtsmissbrauch*, între *l'acte administratif* francez şi *Verwaltungsakt* german, sau între *le retrait de l'acte administratif* în dreptul francez şi *Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsakts*. Termenul şi noţiunea de *détournement de pouvoir* sunt comune tuturor ordinilor juridice ale Comunităţilor europene. Totuşi, identitatea termenului acoperă o noţiune al cărei conţinut se deosebeşte în dreptul german, francez şi italian[75]. Exemplele pot fi multiplicate. Totuşi, aceste diferenţe importante nu apar niciodată la nivelul traducerilor făcute de către dicţionarele terminologice[76].

---

[75] *Fromont*, **L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation**, RTDE 1966, 171 şi urm.; *Bebr*, **Judicial Control of the European Communities** (London 1962) 98 şi urm.; *Quadri*, *Monoco*, *Trabucchi*, **Commentario del Trattato istitutivo della Comunità economica europea** (Milano 1955) III, 1268 şi urm.; a se vedea şi principalele Tratate de drept administrativ ale statelor membre.

[76] În privinţa dificultăţilor unor astfel de traduceri, ca şi în privinţa mai multor exemple de inexactitate, a se vedea darea de seamă foarte pertinentă făcută de *F. Sturm* la **Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache** de *Michel Doucet*, JR 1968, 440.

Toate aceste exemple arată că doar în aparenţă terminologia juridică aparţine sectorului lingvistic. De fapt, ea aparţine domeniului juridic fiindu-i acestuia mijlocul exterior de exprimare. Toţi juriştii care fac terminologie comparată fac, în cele din urmă, drept comparat pur[77].

Ceea ce contează într-un termen nu este învelişul lingvistic, ci conţinutul său juridic. Observaţia aceasta ne îngăduie să măsurăm valoarea procedeului ce constă în a da o soluţie lingvistică şi autonomă unei probleme care este juridică şi subordonată. Soluţia aceasta a fost totuşi obişnuită şi tradiţională în practica traducerii terminologice. Majoritatea dicţionarelor, bi- sau plurilingve, de care s-au slujit şi se slujesc încă cititorii în drept comparat au fost adesea întocmite de filologi. În sfârşit, în cel mai bun caz, dicţionare juridice au fost întocmite de jurişti, însă nu de comparatişti. Totuşi, traducerea terminologică nu trebuie să fie niciodată literală sau filologică; ea trebuie să fie totdeauna juridică. Prin ea, trebuie să transpunem nu termeni lingvistici corespunzători, ci noţiuni juridice identice sau măcar echivalente. De fapt, problema traducerii terminologice este aceea a posibilităţii transpunerii noţiunilor şi conceptelor juridice dintr-o ordine juridică în alta. Această problemă fundamentală depinde de paritatea şi de disparitatea noţiunilor şi a conceptelor făcând parte din două ordini de drept. Identitatea perfectă dintre noţiuni este destul de rară, deoarece chiar între noţiuni juridice foarte apropiate există totdeauna deosebiri de natură tehnică, structurală sau funcţională. Totodată, identităţile şi echivalenţele sunt mari în ordini juridice aparţinând aceloraşi familii juridice. Prin traducere, trebuie sesizat conţinutul conceptului tradus, în timp ce traducerea termenului care îl desemnează evocă, în gândirea juristului spre a cărui ordine juridică se traduce, nu imaginea pe care această noţiune sau acest concept o are în ordinea juridică originară, ci imaginea pe care conceptul analog o are în ordinea juridică spre care se face traducerea. Aceasta vrea să spună că în definitiv prin traducere s-a operat nu o transpunere, ci o substituire: conceptul din ordinea juridică spre care se traduce a luat locul conceptului pe care vrem să-l traducem. Or, după cum s-a mai arătat, tocmai aici se găseşte foarte adesea sursa erorii: orice noţiune juridică nu poate fi cu adevărat înţeleasă decât în cadrul ordinii juridice din care provine. În acest mod, juristul german care face cercetări în dreptul francez sau invers, cu ajutorul unor dicţionare terminologice, riscă să creadă că aceste noţiuni juridice sunt în ceea ce priveşte structurile, funcţiile şi rezultatele lor aceleaşi ca în propria sa ordine juridică. Marele pericol al acestui gen de dicţionare, oricare le-ar fi de altfel calităţile, constă în faptul că se

[77] *Georges Langrod*, **Contribution à l'étude de la terminologie administrative**, RISA 1953, 285 şi urm. În acelaşi sens, citatul reluat de *Erbe* (213, nota 87): "Every good legal translation is in itsef comparative law".

riscă să se ia drept absolută valoarea în mod necesar relativă pe care o au traducerile terminologice.

Fără a intra în amănunte, trebuie să ne întrebăm dacă dicţionarele specializate pot ajuta juristul în această acţiune şi, într-un mod mai general, care este valoarea lor. Într-adevăr, vocabularele juridice bi- sau plurilingve reprezintă primul remediu care, în cazul unor dificultăţi terminologice, îi vine în minte cercetătorului. Totuşi, în starea actuală a lucrurilor, nu este sigur că aceste instrumente sunt remediul cel mai sigur. A crede că datorită unui bun dicţionar poţi să faci comparare înseamnă să te amăgeşti. Numai cu foarte rare excepţii, chiar dicţionarele terminologice sunt întocmite întâi şi-ntâi pe bază lingvistică şi nu pe bază juridică. Ceea ce vrea să însemne că ele se ocupă mai mult de învelişul lingvistic decât de conţinutul juridic.

Din aceste motive, comparatistul care vrea să cunoască semnificaţia unui termen juridic străin are interesul de a consulta un dicţionar juridic unilingv care explică acest termen în limba şi în ordinea juridică respectivă. În aproape toate ţările există asemenea dicţionare, vocabulare, lexice sau glosare juridice, cum este cel făcut în Franţa sub direcţia lui *Henri Capitant*[78]. Avantajul lor este de a le oferi juriştilor străini nu o traducere lingvistică şi o transpunere juridică mai mult sau mai puţin exactă, ci o explicaţie precisă a ceea ce termenul de comparat reprezintă în ordinea juridică respectivă. De aceea ar fi util să se facă astfel de dicţionare juridice unilingve în ţările care nu au aşa ceva. în sfârşit, pe baza a două dicţionare juridice unilingve, s-ar putea realiza adevărate dicţionare juridice bilingve[79] care plecând de la traducerea lingvistică ar arăta echivalenţa noţiunilor şi a conceptelor juridice. Ele ar trebui să fie opera nu numai a juriştilor, ci a comparatiştilor, care cunosc totodată ambele limbi şi ambele ordini juridice. Acest gen de dicţionar ar fi de un mare ajutor pentru studiile comparative.

Prima condiţie necesară pentru a dobândi o cunoaştere exactă şi completă a termenului de comparat este deci de a continua studiul după sursele originale ale ordinii juridice căreia îi aparţine acest termen de comparat. Făcând aceasta, comparatistul face ceea ce juristul naţional, modelul său, ar fi făcut în locul lui. Dar, aceasta presupune din partea comparatistului o cunoaştere a limbii care, la început, poate să

---

[78] *H. Capitant*, **Vocabulaire juridique**. Redactat de profesori de drept, de magistraţi şi de jurisconsulţi sub direcţia lui Henri Capitant. (Paris 1930).

[79] În acest sens, se poate menţiona exemplul excelent al lui *A. Quintano Rippollés* şi *Johanna Helpern de Quintano*, **Diccionario de derecho comparado (Alemán-Español)** (Madrid 1951). Altfel, este preferabil să ne mulţumim cu soluţia aplicată şi de *Ferid*: se păstrează termenii juridici străini şi se explică de ce nu e recomandabil să fie traduşi, sau sunt puşi între paranteze alături de traducerea propusă.

fie rudimentară, precum şi voinţa de a-şi spori cunoştinţele lingvistice, terminologice şi juridice paralel cu studiul. Totodată, cunoaşterea limbii nu va fi îndeajuns căci, în interiorul acesteia, va trebui să cunoască acea parte specializată, terminologia juridică, care pune probleme specifice. În faza aceasta, a cunoaşte înseamnă a ieşi din propria ordine juridică pentru a pătrunde în alta. Cunoaşterea limbii constituie primul instrument de penetrare şi de orientare. Apoi, trebuie cunoscută terminologia juridică străină. Comparatistul însuşi trebuie să posede aceste instrumente. Altfel, accesul la sursele originale îi va fi interzis, iar rezultatele cercetărilor sale vor fi îndoielnice sau inexacte.

52. Compararea prin persoană interpusă, prin mijlocitori sau prin monologuri paralele

Obstacolele de ordin lingvistic şi terminologic şi dificultăţile de acces la sursele originale ale unei ordini juridice străine sunt atât de numeroase şi de insidioase încât nu e de mirare că juriştii au încercat să le învingă aplicând legea celui mai mic efort. De altfel, era normal ca civilizaţia aceasta a vieţii tihnite şi a bunului trai, unde foarte adesea câştigurile sunt obţinute prin munca unor persoane interpuse, să nu cruţe dreptul comparat. Şi în acest domeniu, s-a încercat obţinerea de avantaje din partea metodei comparative fără a se produce o muncă pe măsură, făcând drept comparat prin persoană interpusă, prin mijlocitori sau prin monologuri paralele.

Deseori, jurişti naţionali iau sau reiau concluziile comparative privind o ordine juridică străină, elaborate de comparatişti. În privinţa aceasta ei fac drept comparat prin persoană interpusă, sau comparare juridică *second hand*. Bineînţeles, lucrarea rămâne foarte utilă, dar nu are nimic de a face cu aplicarea metodei comparative. Într-adevăr, a relua rezultatele comparative dobândite prin aplicarea metodei comparative făcută de alţii înseamnă a face o muncă de distribuţie sau de divulgare, dar nu drept comparat. Nu se face cu adevărat drept comparat fără un studiu direct al termenului de comparat în ordinile juridice puse faţă în faţă. Ca să aplicăm metoda comparativă şi să năzuim a face în mod real drept comparat trebuie să începem prin a învinge *noi înşine* dificultăţile de terminologie ca şi de pătrundere în dreptul străin. Numai cei ce cunosc două ordini juridice şi care au făcut acest lucru[80] măcar pentru a scrie o monografie comparativă merită titlul de comparatist.

O altă tehnică folosită spre a birui dificultăţile cu un efort minim este de a lua o instituţie juridică comună şi de a încredinţa unor jurişti

[80] *Neumayer*, 411. *O. Riese* (169) scrie: "Studierea serioasă a diverselor sisteme juridice n-ar putea fi făcută decât de către cel ce cunoaşte limbile străine şi instituţiile despre care vorbeşte".

naţionali sarcina de a o descrie fiecare pentru ordinea sa juridică respectivă. Formula aceasta - care coordonează mai multe eforturi individuale - este întrebuinţată spre a face drept comparat prin mijlocire în cadrul cercetărilor comparative sau în Colocvii internaţionale. În prima ipoteză, un jurist care nu cunoaşte decât propria ordine juridică şi limba pe care o vorbeşte recurge la ajutorul juriştilor străini care, nici ei, nu cunosc decât ordinile lor juridice şi care examinează şi expun instituţia studiată în propria lor ordine de drept. Tehnica aceasta este de asemenea aceea a numeroaselor întâlniri, colocvii, seminarii şi congrese internaţionale, reunite de la război încoace într-un ritm accelerat. Juriştii naţionali examinează şi expun pe rând instituţia juridică comună aşa cum se prezintă ea în propria lor ordine juridică. După tehnica aceasta, nu mai e vorba de unul şi acelaşi comparatist care examinează termenul de comparat în diversele ordini juridice, ci de mai mulţi jurişti naţionali care o fac, fiecare pentru ordinea sa de drept. Compararea propriu-zisă le revine s-o facă altor jurişti.

Avantajele acestei tehnici sunt evidente: ele îngăduie obţinerea ieftină a cunoştinţelor de drept străin. Inconvenientele nu sunt mai puţin sigure; rezultatele dobândite riscă, din punct de vedere comparativ, să fie, câteodată, de asemenea ieftine.

Primul dezavantaj constă în faptul că tehnica aceasta este aplicabilă doar în cazul în care comparabilitatea termenilor de comparat este sigură, cu alte cuvinte numai atunci când paralelismul instituţiilor, al funcţiilor sau al problemelor este evident. Aceasta exclude confruntări în care comparabilitatea termenilor de comparat se întemeiază doar pe o echivalenţă funcţională.

Al doilea inconvenient este că fiecare jurist naţional concepe termenul de comparat în optica propriei sale ordini juridice, închipuindu-şi că cealaltă ordine juridică îl concepe în acelaşi mod. Lucrul este firesc, riscul pentru jurişti de a vorbi de altceva este mare[81]. Metoda aceasta

[81] În cursul unei astfel de întâlniri internaţionale trebuia dezbătută *răspunderea pentru fapta altuia*. Tema fusese aleasă în mod evident plecând de la concepţia franceză şi ignorând termenii diferiţi în care se punea aceeaşi problemă în dreptul german. Paralelismul era compromis de la bază. Mai întâi, fiindcă nu există un acord asupra problemei de a şti dacă această răspundere trebuie legată de principiul vinovăţiei sau de cel al riscului. Apoi, fiindcă problema raporturilor răspunderii pe bază de risc şi pe bază de culpă se pune cu mult mai limpede în dreptul german. În sfârşit, deoarece raporturile răspunderii delictuale şi contractuale nu sunt aceleaşi în cele două ordini juridice. Termenul de comparat n-ar fi putut fi precizat şi delimitat în cele două ordini juridice decât de acelaşi comparatist în urma unei lungi cercetări comparative. Astfel, în ciuda calităţii rapoartelor, dialogul privind punctele comune nu s-a angajat; fiecare raport, urmând drumul trasat de propria sa ordine de drept, trecea pe lângă adevăratele probleme comune. Monologurile paralele ajungeau la un dialog al surzilor ai cărui participanţi nu au putut să obţină nici o cunoştinţă comparativă valabilă privind cealaltă ordine juridică.

prezintă un alt inconvenient poate mai mare, chiar presupunând că termenii de comparat sunt perfect delimitaţi şi precizaţi. Rapoartele naţionale se îngrijesc să dea o imagine exactă a instituţiei juridice în propria lor ordine de drept, fără a se preocupa de elementele comune, pe care, de altfel, nici nu le cunosc.

53. Compararea pe bază de anchete şi de rapoarte naţionale

Aceste neajunsuri tind din ce în ce mai mult să fie eliminate de coordonarea cercetărilor individuale sau de munca de echipă[82]. Institutele sau organismele care dispun de mijloacele materiale necesare tind să înlocuiască, în acest domeniu, efortul individual cu efortul colectiv, ceea ce, într-o oarecare măsură, vrea să spună înlocuirea artizanatului cu producţia industrială. Soluţia are avantaje sigure; totodată însă, subzistă şi nişte inconveniente. În principiu, formula este aceeaşi: e vorba de a lua o problemă sau o instituţie juridică comună şi de a face să fie studiată în diverse ordini juridice prin intermediul unor rapoarte naţionale. Deosebirea constă îndeosebi în modul de a coordona şi de a asigura paralelismul rapoartelor naţionale. Aici se pune problema importantă a delimitării subiectului şi mai ales a elaborării chestionarului ce conţine indicarea exactă a punctelor ce trebuie tratate. Dat fiind că nu se poate pleca numai de la problemele pe care termenul de comparat le pune într-o singură ordine juridică, trebuie să admitem că însăşi elaborarea chestionarului[83], a cărei importanţă este totdeauna subliniată[84], obligă la un travaliu comparativ global şi prealabil. Chestionarul poate să ceară răspunsuri scurte şi să ajungă la un fel de anchetă ce va permite să le claseze făcând din ele sinteza în cadrul unor rapoarte generale[85]. Acestea au avantajul de a se sprijini pe nişte surse şi pe o documentaţie care, fiind furnizată de jurişti ai ordinii juridice respective, este de asemenea sigură pe cât posibilă. A doua modalitate este de a le cere juriştilor străini nu informaţii, ci adevărate rapoarte

---

[82] Proiectul *Cornell Law School* este în această privinţă un foarte bun exemplu. Pe bună dreptate *Schlesinger* (**Formation of Contracts**, I, 30 şi urm.) îi subliniază avantajele.

[83] Cu alte cuvinte, schema comparativă. A se vedea **supra**, Nr. 45.

[84] Cu titlu de exemplu: *Hamel* în: **Le contrôle des changes et ses répercussions sur les institutions juridiques** (Paris 1955) **Avant-propos IX**; *A. Bertrand*, ibid. **Introduction XI**. *O. Bachof*, **Compte-rendu du volume Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart**, ZaöRVR 23 (1963) 567; *Mosler* în: **Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe** (Köln-Berlin 1967); etc.

[85] În acest sens, cele patru rapoarte generale în volumul **Le contrôle des changes**, citat în nota de mai sus.

care constituie esenţialul cercetării. Concluziile generale şi comparative reprezintă un fel de punct final. Formula anchetei are avantajul de a oferi o vedere, mai mult sau mai puţin precisă, asupra unui mare număr de ordini juridice. Valoarea informativă a unor asemenea anchete este certă. Cercetări izolate nu pot să le înlocuiască. Totodată însă, nu trebuie supraestimat caracterul general al informaţiei privind termenii de comparat. Subiectul nu este abordat decât în liniile sale mari. Chiar după rapoartele generale "ar rămâne de săpat detaliile"[86], căci "rezultatul unei prime anchete nu pretinde şi nu poate să fie decât punctul de plecare al unor noi cercetări"[87]. Trebuie de asemenea să adăugăm că aspectul cu adevărat comparativ al cercetării este aproape inexistent sau redus la câteva diferenţe globale şi mai curând exterioare. În sfârşit, nu trebuie să ne ascundem cât de greu este de practicat această formulă, anevoie de pus în mişcare, inegală în rezultatele sale[88].

Deşi dificultăţile sunt aceleaşi, rezultatele celei de-a doua formule sunt incomparabil superioare. Volumele[89] publicate de *Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, adevărate modele ale genului, dovedesc aceasta. Amploarea şi calitatea rapoartelor făcute de specialişti naţionali ne îngăduie să avem o vedere sintetică, completă şi destul de aprofundată a subiectului, în fiecare ordine juridică. Volumul consacrat *Răspunderii statului pentru comportamentul ilegal al organelor sale* cuprinde douăzeci de rapoarte naţionale. Niciodată un cercetător izolat n-ar fi în stare să ofere un tablou de o asemenea întindere. Totuşi, în ciuda întinderii, paralelismul rapoartelor naţionale este asigurat: în detaliu, datorită chestionarelor[90]; în realitate, datorită faptului că instituţiile sau problemele juridice ce alcătuiesc subiectul examinat constituie instituţii sau probleme necesar legate de structurile statelor moderne: problema structurilor. Ele se pun în cea mai mare parte a ordinilor juridice, fără deosebire de Sistem juridic, deşi sub reglementări diverse. Din punct de vedere al cunoaş-

---

[86] *Roblot*, **IIe Rapport général** (25) în volumul: **Le Contrôle des changes.**

[87] *Goldman*, **IIIe Rapport général** (47) în volumul: **Le Contrôle des changes.**

[88] *Yvonne Marx*, 360. A se vedea de asemenea rezervele lui *Marc Ancel*, **Utilité et méthodes**, 98.

[89] **Staat und Privateigentum (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht)** (Köln-Berlin 1960); **Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung** (Köln-Berlin 1962); **Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe** (Köln-Berlin 1967); **Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Bd. 1 und 2 Länderberichte, Bd. 3 Rechtsvergleichung-Völkerrecht (Beiträge zun ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht)** (Köln-Berlin 1969, 1970, 1971).

[90] Ele reprezintă schema comparativă. A se vedea **supra**, Nr. 45.

terii termenilor de comparat rezultatele sunt excelente. Ele sunt cu mult mai modeste şi mai ambigue în ceea ce priveşte partea comparativă. Încercarea de a da o vedere comparativă este necesar limitată în mijloacele sale[91]. Rapoartele comparative sunt făcute pe baza rapoartelor naţionale[92], deci de jurişti care nu au o cunoaştere *directă* a ordinilor juridice comparate şi care, prin urmare, nu pot împinge compararea în profunzime cum ar face-o comparatiştii având o cunoaştere *directă* a ordinilor juridice comparate. Partea comparativă atinge uşor suprafaţa lucrurilor, căci rapoartele comparative nu pot decât să sistematizeze şi să claseze câteva soluţii naţionale sub câteva mari principii. Astfel, se desprinde un fel de sinteză, scoţând la iveală mai multe mari asemănări şi diferenţe între soluţiile naţionale, care constituie mai curând un înlocuitor al comparării. Este evident că cel care are misiunea de a făuri o vedere comparativă pe baza rapoartelor naţionale şi nu în urma unui examen *propriu* şi *direct* al ordinilor juridice străine este în realitate prizonierul observaţiilor raportorilor naţionali. Totuşi, la rândul lor şi fără să vrea, raportorii naţionali sunt prizonierii perspectivei propriei lor ordini juridice. Ei expun ceea ce li se pare important din această perspectivă şi nu se preocupă de ceea ce este important din punct de vedere comparativ. Obişnuiţi numai cu propria lor ordine de drept, unele elemente li se par atât de naturale şi de la sine înţelese încât ei nici măcar nu le menţionează. În sfârşit, expunând instituţia juridică examinată, ei lasă poate deoparte relaţiile lor cu ordinea juridică respectivă, cu alte cuvinte multiplele legături vizibile sau ascunse care leagă piesa de sistem[93]. Acelaşi risc există pentru elementele determinante[94] ce influenţează instituţia juridică examinată, în mod direct sau indirect, dar care juristului naţional i se

---

[91] În volumul consacrat Răspunderii statului, cele 752 de pagini rezervate rapoartelor naţionale sunt completate de şase rapoarte comparative cuprinzând 42 de pagini, de un Colocviu ce a dezbătut patru teme din aceste şase rapoarte comparative (49 pagini) dar care nu aduce elemente noi, cât şi de o concluzie comparativă a Colocviului. Ceea ce arată cât de redusă este partea comparativă, chiar din punct de vedere cantitativ.

[92] De altfel, numărul ordinilor juridice examinate este mai curând un obstacol în calea unei analize comparative făcute în adâncime.

[93] A se vedea **infra**, Nr. 71 şi urm.

[94] *Jaenicke* (**Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe**, 864) scrie: "Dabei müssen Sonderregelungen und Abweichungen, die nicht im Sachgegenstand der Regelung, sondern in den Besonderheiten der nationalen Verfassungsordung, in den dogmatischen und soziologischen Grundlagen des Rechtssystems oder in der historischen Rechtsentwicklung ihre Ursache haben, ausser Betracht bleiben". Or, printre acestea se află cea mai mare parte a elementelor determinante şi care, după părerea mea, în măsura în care influenţează termenul de comparat, nu trebuie lăsate deoparte.

par atât de naturale şi de la sine înţelese încât nu le mai remarcă sau nu le semnalează. Astfel, rapoartele naţionale, deşi oferă o vedere tehnică exactă a instituţiei respective, riscă să-i dea o imagine incompletă pentru analiza comparativă făcută de alţi jurişti. Ceea ce subliniază primejdia de a disocia cunoaşterea termenilor de comparat de compararea în sine şi de a o încredinţa pe prima unor jurişti naţionali, iar pe a doua unor jurişti care n-au o cunoaştere *directă* a ordinilor juridice naţionale[95]. Caracterul cantitativ şi calitativ şubrezit al comparării în exemplul dat este urmarea acestui fapt. Totalitatea asemănărilor şi diferenţelor nu e scoasă la iveală. Întinderea lor exactă nu e precizată; raţiunile lor de a fi şi cauzele lor nu sunt examinate. În ansamblu, se mulţumesc să desprindă câteva principii comune, ceea ce este posibil dat fiind paralelismul problemelor juridice cercetate. Prin forţa lucrurilor, principiile comune nu pot avea decât un caracter foarte general. Cu cât numărul ordinilor juridice examinate este mai mare, cu atât numărul principiilor comune este redus, iar caracterul lor abstract[96]. La un grad ridicat de abstracţie, se întâlnesc multe principii generale comune care, tocmai din cauza gradului de abstracţie, nu au decât o vagă legătură cu structura reală a termenilor de comparat.

În aceeaşi ordine de idei, o altă formulă trebuie menţionată: aceea în care mai mulţi comparatişti, cunoscând fiecare mai multe limbi şi ordini juridice străine, lucrează împreună ca să realizeze o operă comparativă mai vastă. Formula aceasta este probabil cea mai bună. Mai întâi, deoarece cunoaşterea directă a aceloraşi ordini juridice le permite să facă schema comparativă pe bază propriei lor cunoaşteri a termenilor de comparat şi nu pe baza unui chestionar. Cunoaşterea şi accesul direct la sursele de drept străin dau studiilor lor o mai mare exactitate şi o temelie trainică. Dimpotrivă, studiul lor va fi mai puţin întins; acest studiu nu va putea niciodată să acopere o suprafaţă atât de vastă ca aceea acoperită de formula rapoartelor naţionale paralele sau

---

[95] Cunoaşterea *directă* a ordinilor juridice ce se compară rămâne *condiţia sine qua non* a adevăratei comparări. Pe bună dreptate, unii autori (*Hamson*, **Droit comparé et enseignement du droit**, RIDC 1950, 671 şi urm.; *Ehrenzweig*, citat de *Hamson*, loc. cit., 674; *K. Neumayer*, 411) insistă asupra însemnătăţii formării comparatiştilor. Numai juriştii care au o formaţie în două ordini juridice pe care le apropie una de alta prin compararea termenului de comparat sau care cunosc în linii mari de asemenea ordinea juridică străină pot avea un acces direct la ordinea juridică străină şi pot face cu adevărat comparare.

[96] Afirmaţia lui *Jaenicke* (loc. cit., 862 şi 865) după care "Je mehr Rechtsordnungen Gegenstand einer vergleichenden Betrachtung sind, um so deutlicher schält sich die gemeinsame *ratio* aller nationalen Rechtsordnungen heraus" nu pare convingătoare. Numai exemplul bazat pe modul foarte diferit de a concepe noţiunea de *culpă* de către diversele ordini juridice dovedeşte contrariul.

de mari echipe[97]. Un foarte bun exemplu al acestei formule, în ce priveşte analiza termenilor de comparat, este lucrarea recentă a lui *Auby* şi *Fromont*[98].

Secţiunea a V-a

A TREIA REGULĂ METODOLOGICĂ

54. A STUDIA TERMENUL DE COMPARAT ÎN COMPLEXITATEA TOTALITĂŢII IZVOARELOR ORDINII JURIDICE AVUTE ÎN VEDERE

Un examen sumar al izvoarelor dreptului în diversele ordini juridice scoate la iveală adevărul banal că pretutindeni există o pluralitate de izvoare juridice. Aceasta poate fi mai mult sau mai puţin mare şi complexă, ca în Sistemele anglo-american şi islamic; ea poate fi mai redusă şi să pară mai simplă, ca în Sistemele european şi *socialist*. Aparenţa este mai înşelătoare pentru comparatiştii făcând parte din primele Sisteme[99] întrucât chiar în Sistemele european şi *socialist* norma juridică este departe de a decurge dintr-o singură sursă.

În fine, nu trebuie să pierdem din vedere că în interiorul aceleiaşi ordini juridice izvoarele unei ramuri de drept pot fi mai complexe decât ale altora. E cazul dreptului administrativ care, în majoritatea ţărilor, se caracterizează prin lipsa de codificare. Dimpotrivă, adunând într-un singur corp esenţialul dreptului privat, codificările civile facilitează accesul comparatiştilor către acesta. *Rivero*[100] afirmă că nici o ţară - după ştiinţa sa - "nu posedă un adevărat cod administrativ, ştiindu-se bine înţeles că nu s-ar putea aplica acest termen regrupărilor de legi şi de regulamente caracteristice unei materii administrative care, în Franţa şi în mai multe ţări străine, se împodobesc cu acest nume".

---

[97] Marele avantaj al formulei *Cornell Law School* este că raportorii au avut numeroase ocazii de a se întâlni şi de a lucra împreună în loc să lucreze fiecare *numai* după schema din *Working Paper*.

[98] *Aubry* şi *Fromont*, **Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Economique Européenne**. Lucrarea se termină cu o scurtă concluzie comparativă, dar nu acordă acestei părţi atenţia dorită.

[99] "Nu există capcană mai periculoasă pentru un jurisconsult englez decât apa renta simplitate a Codului civil francez sau a BGB-ului german, dacă îşi imaginează că cele două coduri conţin respectiv întreg dreptul civil francez sau german", scrie *Winfield*, **La constatation du droit étranger (Recueil Lambert)** I, 532.

[100] *Rivero*, 37.

Izvoarele sunt aici împrăştiate într-o multitudine de texte fragmentare şi având o autoritate diferită cum ar fi constituţia, legea, regulamentul, actele executivului şi ale autorităţilor administrative[101], fără a vorbi, ca în Franţa, de principiile elaborate de jurisprudenţă. În mod evident, construcţiile jurisprudenţiale şi doctrinale nu au forţa unificatoare şi puterea de răspândire a unui cod. *Rivero*[102] ilustrează afirmaţia aceasta dând ca exemple Franţa şi Belgia: "pentru dreptul civil, identitatea, datorită codului, a fost totală iar analogia rămâne profundă; pentru dreptul administrativ, din contră, cele două ţări au adoptat soluţii foarte diferite[103], iar apropierea ce se face între ele este foarte recentă".

Constatarea sumară că izvoarele juridice variază şi că fiecare ordine de drept cunoaşte o altă pluralitate[104] complexă de izvoare duce la efecte surprinzătoare de îndată ce juriştii ies din categoriile cunoscute ale propriului lor drept. Izvoarele anumitor ordini juridice ale popoarelor islamice, ale unor ordini juridice din Asia şi din Extremul Orient sau ale unor ordini juridice din Africa Neagră - care uneori cuprind credinţe sau simple moravuri - sunt atât de diferite de concepţiile noastre încât unii jurişti s-au întrebat dacă se află încă în faţa unui izvor de drept. Totuşi, nici în acest domeniu nu există un sistem de referinţă prestabilit şi îi este interzis comparatistului de a refuza calitatea aceasta unui izvor de drept străin ce n-ar fi conform izvoarelor propriului său drept. Şi în acest domeniu trebuie să ne luăm după regula fundamentală pentru fiecare comparatist, regulă de obiectivitate şi de respect faţă de ordinea juridică pe care o examinează. Comparatistul trebuie să accepte faptul fundamental că în dreptul comparat izvoarele dreptului pot varia, după cum variază dreptul însuşi, adică modul de a reglementa juridic raporturile

---

[101] *Strebel*, 425; *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 34.

[102] *Rivero*, 37.

[103] Poate că principala cauză a acestei deosebiri se găseşte în faptul că Belgia nu cunoştea Consiliul de Stat care a fost introdus numai după ultimul război. A se vedea *Debeyre*, **Le Conseil d'Etat belge** (Lille 1953); *Dreyfus*, **L'œuvre du Conseil d'Etat de Belgique** (Thèse Paris 1959).

[104] Ideea unei pluralităţi a izvoarelor de drept, câteodată foarte disparate, a fost recunoscută de mult timp. În ciuda titlului său şi a vastei sale perspective - care a făcut-o uneori să-şi piardă firul conducător şi punctul de plecare care este respingerea a ceea ce el numeşte teoria romano - canonică a cutumei - voluminoasa lucrare a lui *Lambert* (**La Fonction**) este una din primele contribuţii realizate pe o bază comparativă şi istorică, contribuţie la teoria pluralităţii izvoarelor de drept. *David*, **Traité**, 10; *Zweigert* (**Zur methode**, 196) constată pe bună dreptate că: "Rechtsquelle im Sinne rechtsvergleichender Forschung ist alles, was das Rechtsleben ... gestaltet oder migestaltet". În acelaşi sens *R. David*, **Livre du Centenaire**, II, 147; *Drobnig*, **Methods of sociological research in comparative Law**, RabelsZ 35 (1971) 497.

sociale ce pot fi ele însele concepute şi construite altfel. Urmarea este că noţiunea de izvor de drept posedă în dreptul comparat semnificaţia cea mai largă. Este izvor de drept, în dreptul comparat, orice fel de izvor, oricare ar fi el, pe care ordinea juridică respectivă îl cunoaşte şi îl concepe ca atare. Prima învăţătură pe care ne-o propune dreptul comparat este că în domeniul său totul e relativ. Consecinţele metodologice ce trebuie trase în acest domeniu sunt evidente şi rezultă din bunul simţ: ca să cunoască termenul de comparat, comparatistul trebuie să-l studieze în complexitatea izvoarelor ordinii juridice străine avute în vedere.

Această regulă pare şi ea la mintea cocoşului. Totuşi ea nu este aşa deoarece, chiar în momentul de faţă, sunt jurişti care cred că pot cunoaşte un termen de comparat cu ajutorul unui simplu text de lege. Concepţia aceasta nu este decât urmarea unei lungi şi tenace amăgiri, curentă în secolul trecut în Europa, datorată în bună parte marilor codificări. Iluzia aceasta că legea exprimă întreg dreptul a fost tenace mai cu seamă în Franţa, după cum o dovedeşte *"şcoala exegeţilor"*[105]. Totuşi, iluzia a existat de asemenea în ţările care au elaborat, introdus sau primit coduri: orice mare codificare face să se nască astfel de amăgiri[106].

Termenii de *legislaţie străină* şi *legislaţie comparată*, folosiţi în mod curent până la sfârşitul secolului al XIX-lea în ţări ca Franţa, Belgia, Italia, Spania, Brazilia pentru a indica *dreptul străin* şi *dreptul comparat*, nu sunt decât dovezile longevităţii şi generalităţii acestei iluzii. Iar dacă ideea că acel Cod cuprindea totalitatea dreptului pozitiv era atât de ancorată în Franţa[107], unde totuşi tribunalele interveneau în fiecare zi pentru a aplica, dar şi pentru a lărgi, completa şi modifica dispoziţiile Codului, ne putem închipui care era părerea juriştilor Sistemului anglo-american sau islamic referitor la izvoarele juridice în Sistemul european. Nu-i de mirare că această falsă imagine, potrivit căreia Codurile ar

---

[105] A se vedea mai ales: *Charmont* şi *Chause*, **Les interprètes du Code civil, Le Code civil, Livre du Centenaire** (Paris 1911) I, 133 şi urm.; *Bonnecase*, **L'école de l'exégèse** (Paris, ed. a 2-a, 1923); *Eugen Gaudemet*, **L'interprétation du Code civil en France depuis 1804** (Bâle şi Paris 1935); etc.

[106] În ceea ce priveşte Germania, a se vedea *Zitelmann*, **Lücken im Recht** (Leipzig 1903).

[107] *Y. Marx* (360) îl citează pe *Lerminier*, unul din primii comparatişti francezi care, în plină şcoală a exegeţilor, şi-ar fi arătat mirarea cu privire la faptul că "cele cinci coduri nu constituie jurisprudenţa".

conţine totalitatea dreptului, a fost încă de curând curentă la juriştii englezi[108].

Ideea că aceste Coduri şi legi nu exprimă întreg dreptul şi că, în orice ordine juridică, există o pluralitate de izvoare ce converg să stabilească efectiv regula de drept reprezintă una din cuceririle recente ale ştiinţei juridice în general şi a dreptului comparat în particular. Acesta din urmă a contribuit cel mai mult la abandonarea progresivă a acestei iluzii; el a arătat că legea nu exprimă întreg dreptul; că între regula de drept stabilită de legiuitor şi aplicarea ei de către judecător poate exista un decalaj; că la urma urmelor izvoarele de drept reprezintă ceva complex şi că ele pot varia de la o ordine juridică la alta. Adevărurile acestea, ajunse astăzi locuri comune pentru comparatişti, au fost smulse progresiv ignoranţei de către dreptul comparat. Într-adevăr, pe măsură ce progresa, dreptul comparat contribuia la modificarea concepţiei ce se făcuse despre drept şi lege. Pe măsură ce înceta de a fi o *legislaţie comparată*, spre a deveni *drept comparat*, el contribuia să-i facă pe jurişti să ia cunoştinţă de complexitatea şi de varietatea izvoarelor dreptului. Urmările pentru metoda comparativă sunt, în privinţa aceasta, foarte importante.

Chiar în Sistemul juridic european, unde predominarea legii ca izvor de drept este o realitate indiscutabilă, numai textele de Coduri şi de legi sunt insuficiente pentru a îi revela comparatistului o regulă sau o instituţie juridică în complexitatea condiţiilor sale de existenţă, de funcţionare sau ca rezultate. Ca să facă acest lucru, comparatistul trebuie în mod necesar să completeze studiul textelor prin cel al jurisprudenţei, al doctrinei şi al practicii în afaceri[109]. Într-adevăr, jurisprudenţa poate, prin interpretarea care *lărgeşte* sau care *deformează*, să modifice, în fapt şi-n aplicarea practică, regula dreptului legislativ. Izvoarele juridice ale Sistemului european sunt cu siguranţă mai felurite

---

[108] Nu mai departe decât în 1946 (cu ocazia apariţiei primei sale ediţii), *Gutteridge* (105) scria: "Unele idei false par să prevaleze în Anglia în ceea ce priveşte izvoarele dreptului străin. Aceasta se datorează în special credinţei că totalitatea dreptului continental se află în coduri şi că dreptul codificat se întemeiază în substanţa sa pe dreptul roman. Cele două presupuneri sunt prost întemeiate, provenind din ceea ce *Maitland* numeşte «tradiţionala noastră ignoranţă» în privinţa dreptului străin".

[109] *Rabel*, 3. Acelaşi autor scrie în "**Die Fachgebiete**" : "Noi nu comparăm date rigide şi articole izolate; ceea ce comparăm noi mai degrabă sunt soluţiile astfel cum reies ele din totalitatea vieţii juridice, sub toate aspectele sale, în cutare sau cutare state unde se pun aceleaşi probleme ale vieţii zilnice; noi comparăm motivele care le-au făcut să fie adoptate şi rezultatele lor". În acelaşi sens,*Zweigert* **(La méthodologie du droit comparé**, 585 şi urm.); *Schnitzer*, I, 31; *Heldrich*, **Sozialwissenschaftt und Rechtsvergleichung**, RabelsZ 34 (1970) 428; etc.

decât par la prima vedere. Greutatea de a sesiza realitatea aceasta nu va fi mare dacă ordinea juridică a comparatistului şi a termenului de comparat fac parte din Sistemul european. Greutăţile acestea vor fi cu mult mai mari pentru comparatiştii aparţinând Sistemului anglo-american, islamic sau chiar *socialist*, care vor să studieze un termen de comparat care face parte dintr-o ordine juridică continentală.

Varietatea şi complexitatea izvoarelor este mai mare în Sistemul anglo-american care, şi în acest domeniu, începe cu un paradox[110]. Este într-adevăr surprinzător de a vedea că în Marea Britanie, ţară unde principalul izvor de drept nu este cu certitudine legea, dreptul este desemnat prin termenul de *Law*[111]. *Common Law* este după *Dicey*[112] "the mass of custom, tradition or judge made maxims known as the *Common Law*". Oricare ar fi controversele[113] privind cuprinsul său, controverse care n-ar trebui nicidecum reaprinse, toată lumea este de acord asupra faptului că e vorba de *judge made law* şi nu de lege scrisă. Elaborat mai târziu, *Equity* apare ca un adaos sau îndreptar la *Common Law*. Oricât de uriaşă ar fi însemnătatea căpătată de *Statute Law* de un secol şi mai ales în ultimele decenii, el este socotit astăzi încă drept un izvor secundar faţă de *Common Law*.

Faptul că dreptul englez, mai ales dreptul privat, constituie *istorie actuală* în mare parte arată importanţa studiilor istorice şi explică faptul că cea mai mare parte a marilor jurişti englezi au fost istorici ai dreptului, preocupaţi în mod deosebit de problema izvoarelor cărora ei le rezervau capitole speciale pentru fiecare perioadă istorică. Aceasta explică de asemenea şi de ce Anglia este una din puţinele ţări unde doctrina a simţit nevoia să dedice monografii speciale problemei izvoarelor[114].

---

[110] *Radbruch*, **Der Geist des englischen Rechts**, 22.

[111] Pentru traducerea şi pentru multiplicitatea sensurilor termenului: *Lévy-Ullmann*, 53 şi urm.; *David*, **Introduction**, 97.

[112] *Dicey, A.V.*, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 23, 183 şi urm.

[113] A se vedea lucrările citate mai sus ale lui *Lévy-Ullmann* şi *Marc Ancel* ca şi ale lui *A.B. Schwarz*, **Das englische Recht und seine Quellen** în: **Die Zivilgesetze der Gegenwart** (Berlin, ed. 1, 1931) II, 1 şi urm. În ciuda vechimii lor, ele rămân printre cele mai bune sinteze continentale despre *Common Law*.

[114] Schiţei incomplete a lui *Charles Gross*, **Sources and literature of English History from the earliest times to about 1485** (London, ed. a 2-a, 1915) trebuie adăugate îndeosebi cărţile clasice ale lui *P. Winfield*, **The Chief Sources of English Legal History** (New York, ed. 1, 1925) şi *W.S. Holdsworth*, **Sources and Literature of English Law** (Oxford, ed. 1, 1952); *acelaşi*, **A History of English Law** (London, ed. 1) 13 vol. şi *Pollock* şi *Maitland*, **The History of English Law before the Time of Edward I** (London, ed. a 2-a, 1923; ed. a 3-a de *S.C. Milsom* 1968) 2 vol. A se

Pentru comparatistul străin dificultatea fundamentală constă deci în această pluralitate şi complexitate a izvoarelor. El trebuie nu numai să se orienteze într-un context în întregime nou, ci să studieze termenul de comparat în complexitatea izvoarelor respective.

Dacă în ciuda oricărui fapt complexitatea izvoarelor dreptului englez este limitată şi de înţeles, nu acelaşi lucru se întâmplă cu Sistemul musulman[115], derutant pentru comparatistul străin. Legea divină care se aplică unei comunităţi alcătuind 10% din omenire e mai curând o deontologie, deci altceva decât un simplu drept laic ca în celelalte Sisteme. Primul său izvor este o mică parte a Coranului, insuficientă şi având o structură cazuistică, pe care doctorii au folosit-o ca să elaboreze acel *figh*. Tradiţia (*sounna*) referitoare la Profet, care nu a fost consemnată în scris decât în secolul XX, cu toate incertitudinile pe care acel *hadith* le cuprinde, constituie al doilea izvor. Acordul unanim al doctorilor (*idjma*), ce lasă totuşi să subziste patru şcoli de *figh* ortodox, este un izvor foarte important. Dacă judecătorul nu poate interpreta primele două izvoare, aceasta se întâmplă deoarece *idjma*, izvor dogmatic al *figh*-ului, furnizează interpretarea lor infailibilă şi definitivă. În fine, raţionamentul prin analogie constituie al patrulea izvor al Legii. Lucrul poate să pară simplu, totuşi complexitatea este de nedescurcat. Nesiguranţa şi controversele sunt de asemenea natură încât numai puţini specialişti pot năzui să studieze aceste izvoare, direct şi fără erori grave.

---

vedea de asemenea *C.K. Allen*, **Law in the Making**, 1 şi urm.; *J.C. Gray*, **The Nature and Sources of the Law** (Boston, ed. a 2-a, 1963); *E. Jenks*, **Sources and Judicial Organization of English Law**, AAUIC (Berlin, ed. 1, 1931) I, 2, 1 şi urm. La aceste lucrări de sinteză privind izvoarele trebuie să adăugăm lucrările următoare: *Sir Frederic Pollock*, **The Expansion of the Common Law** (New York, ed. 1, 1912); *Plucknett's* **Concise History of the Common Law** (London, ed. a 5-a, 1956) şi *Potter's* **Introduction to the History of Equity and its Courts** (London, ed. 1, 1931); *acelaşi*, **Historical Introduction to English Law** (London, ed. a 3-a, 1948); *acelaşi*, **Short Outline of English Legal History** (London, ed. a 4-a, 1945); etc.

[115] Este evident că aici nu e vorba de a examina problema izvoarelor în dreptul musulman. A se vedea în privinţa acestei probleme îndeosebi: *Bergsträsser-Schacht*, **Grundzüge des islamischen Rechts** (Berlin, ed. 1, 1935); *G.H. Bousquet*, **Le Droit Musulman**; *A. Colomer*, **Droit Musulman** (Paris, ed. 1, 1963) 1 şi urm.; *A.A.A. Fyzee*, **Outlines of Muhammadan Law** (Oxford, ed. a 2-a, 1955); *Linant de Belefonds*, **Traité de droit musulman comparé** (Paris, ed. 1, 1965); *L. Milliot*, **Introduction à l'étude du droit musulman** (Paris, ed. 1, 1953) 103 şi urm., 124 şi urm., 156 şi urm.; *E. Pritsch* şi *Spies*, **Klassisches islamisches Recht**, în **Handburch der Orientalistik** (Leiden/Köln, ed. 1, 1964) I, vol. suplimentar III, 220-344; *Santillana*, **Istituzioni di diritto musulmano malchita** (Roma, ed. 1, 1926/1938) 2 vol.; *J. Schacht*, **The origins of Muhammadan Jurisprudence** (Oxford, ed. a 2-a, 1953) 1 şi urm., 42 şi urm., 134 şi urm. şi **Introduction to Islamic Law** (Oxford, ed. 1, 1964) 1 şi urm., 42 şi urm.; *Culson*, **A History of Islamic Law** (Edinburgh 1964); etc.

Totuşi, a studia un termen de comparat în toate izvoarele ordinii juridice respective presupune o largă şi liberă posibilitate de acces la toate izvoarele, spre a aduna la un loc materialul. Or, şi în acest domeniu, unele deosebiri separă ordinile juridice şi îndeosebi Sistemele juridice. Juriştii Sistemelor european şi anglo-american sunt obişnuiţi cu transparenţa perfectă a izvoarelor asigurată de publicarea cea mai răspândită şi mai completă[116]. Nu este cazul ordinilor juridice ale Sistemului islamic, nici ale dreptului sovietic. Autorii occidentali subliniază particularităţile dreptului sovietic[117] dar şi dificultatea de a ajunge la izvoarele sale. *Loeber*[118] precizează că unele materiale sunt hărăzite doar instituţiilor oficiale; altele nu ajung în librărie în număr îndestulător. Buletinul reglementărilor din URSS, Buletinele legilor Republicilor din URSS, ca şi Culegerile de hotărâri ale Curţilor lor Supreme nu sunt în general accesibile. Autorii[119] constată o îmbunătăţire în ultimii ani. Situaţia este cu mult mai bună în Republicile populare; cea mai mare parte dintre ele aplică, în acest domeniu, sistemul de publicare şi difuzare occidental, care le aparţinea dinainte.

Obiectivul acestei scurte expuneri nu este de a arăta care sunt izvoarele dreptului în diversele Sisteme, ci de a arăta cât sunt ele de complexe şi mai ales cât de mult variază ele de la un Sistem la altul. Într-adevăr, diferenţele dintre izvoarele de drept, care printre ordinile juridice aparţinând aceluiaşi Sistem juridic sunt limitate, devin izbitoare şi fundamentale de îndată ce se trece de la un Sistem juridic la altul. Lucrul este normal întrucât, după cum s-a precizat[120], izvoarele de drept şi ierarhia lor constituie tocmai elemente determinante. Deoarece izvoarele de drept se schimbă în mod substanţial de la un Sistem juridic la altul, este esenţial pentru comparatist să cunoască Sistemul din care fac parte ordinile juridice pe care el vrea să le pună faţă în faţă, spre a şti care sunt izvoarele prin care el va trebui să examineze termenul de comparat. Oricum, trebuie ca acest examen să fie urmat în *complexitatea şi în totalitatea izvoarelor juridice* ale ordinilor juridice avute în vedere. Orice altă analiză dă termenului de comparat o imagine nea-

---

[116] *Neumayer* (**Fremdes Recht**, 444 şi urm.) subliniază diferenţele care există mai ales între ordinile juridice ale Sistemelor european şi anglo-american şi care privesc prezentarea faptelor juridice.

[117] A se vedea îndeosebi *David*, **Le droit soviétique** (Paris 1954) I, 216 şi urm., 252.

[118] *Loeber*, 222; *R. Lucas*, **Quellen und Formen des Sowjetrechts** (Herrenalb 1965) 93 şi urm.

[119] *Loeber* şi *Schröder*, 358.

[120] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 86 şi urm.

părat falsă. Este aici o regulă metodologică fundamentală căreia vom încerca să-i ilustrăm importanţa prin câteva exemple luate din Sistemul european. Regula metodologică însă rămâne aceeaşi pentru toate Sistemele juridice.

55. EXEMPLE SCOASE DIN SISTEMUL EUROPEAN ARĂTÂND CAUZELE CARE CER SĂ SE EXAMINEZE TERMENUL DE COMPARAT ÎN TOTALITATEA IZVOARELOR ORDINII JURIDICE RESPECTIVE

Ierarhia izvoarelor în Sistemul european se bazează pe întâietatea teoretic exclusivă a legii. Cu toate acestea, ca să înţelegem o instituţie sau o regulă juridică, în funcţionarea sa ca şi în efectele sale, este necesar să studiem nu numai aspectul legal[121], ci şi ansamblul faptelor, al factorilor de natură cutumiară, doctrinală, jurisprudenţială, ce contribuie să modifice, să completeze sau să precizeze aplicarea sa practică[122]. Aspectul legal al unei reguli nu este adesea decât un cadru ce poate fi modificat în contact cu realităţile sociale[123]. Între aspectul legal şi aspectul practic al unei instituţii pot exista diferenţe sensibile sau esenţiale. Arta comparatistului este de a le sesiza. Este deci important când se studiază o astfel de regulă de a cunoaşte obiectivul legiuitorului, dar şi de a nu ignora modul în care această regulă este

---

[121] Deja *Saleilles* şi *E. Lambert* împărtăşeau această opinie. *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux**, 1, 50) scria: "E negreşit faptul că ... aceste soluţii nu va trebui căutuşi de puţin să fie căutate numai în Coduri sau legi". De atunci, doctrina dominantă s-a fixat în acest sens. Astfel, *Rabel* (4) scria: "Gesetzesparagraphen zu vergleichen ist ungenügend"... *Ferid* (I, 4) constată că: "Rechtsvergleichung nicht - wie manchmal beinahe rührend von adhoc - Interessenten angenommen - Paragraphenvergleichung, sondern Systemvergleichung ist".

[122] În acest sens deja *E. Lambert*, **La Fonction**, 813 şi urm. şi passim. Acum doctrina dominantă merge în acest sens, de pildă *Rabel*, loc. cit.

[123] În 1913, *Eugen Ehrlich* (**Grundlgung der Soziologie des Rechts**, ed. 1, 1913; ed. a 3-a, 1967 Berlin, 383) scria: "Die bisherige Rechtswissenschaft hat von den Erscheinungen des Rechtslebens nur eine einzige eingehend behandelt: den Rechtssatz - die anderen hat sie bestenfalls vorübergehend gestreift. Und die Tatsachen, die sie für die Erkenntnis und Erklärung des Rechtssatzes heranzog, gehörten fast ausnahmlos des Geschichte und der Ethnologie an. Soweit wir eine wirkliche, theoretische Wissenschaft vom Recht haben, ist sie historisch oder ethnologisch. Ihrem Grundgedanken nach ist jedoch auch die ethnologische Rechtswissenschaft historisch, denn sie geht davon aus, dass das Recht aller Völker annähernd dieselben Entwicklungsstufen durchmacht, dass also das Recht der Völker auf nieder Stufe, mit den sich die ethnologische Rechtswissenschaft befasst, wenigstens in den Grundzügen der Vergangenheit des Rechts aller anderen Völker entspricht". A se vedea **infra**, Nr. 79 şi urm.

aplicată, într-un cuvânt, modul în care ea există ca regulă juridică aplicată realităţii sociale[124]. De aceea, comparatistul care analizează o instituţie străină trebuie să examineze totalitatea izvoarelor juridice şi ansamblul factorilor ce concură la punerea ei în aplicare în ordinea juridică respectivă[125].

Mai multe motive explică această regulă metodologică fundamentală. Primul este că, singur, textul este neputincios să reveleze fizionomia exactă a termenului de comparat. Al doilea este că textul prost redactat sau incomplet dă de fapt o imagine inexactă a instituţiei alcătuind termenul de comparat. Al treilea motiv este că textul legislativ fundamental pentru instituţia respectivă poate să fi fost modificat, completat sau chiar abrogat în mod lateral, de un alt text, sau pur şi simplu de o practică a afacerilor sau de o practică administrativă, pe care comparatistul nu o cunoaşte. Al patrulea motiv este că textul legii poate să fi suferit o derogare, să fi fost completat, în parte sau în întregime modificat, sau deformat de aplicarea sa jurisprudenţială. Atunci, regula de drept nu mai este aceea cuprinsă în lege, ci aceea aplicată de tribunale. Aici ajungem de fapt la primul motiv deoarece problema ce se pune este totdeauna aceea a raportului dintre lege şi interpretarea sa jurisprudenţială. De altfel, tensiunea dintre cele două izvoare principale ale Sistemului nostru juridic nu este singura cauză a dificultăţii şi confuziei pentru comparatist. Tot astfel după cum el nu poate să se încreadă doar în textul legii, singur, comparatistul nu trebuie să se încreadă numai în opiniile doctrinei. Vederile sale pot fi subiective, credincioase unei teorii, sau, fără a voi, să interpreteze într-un mod mai mult sau mai puţin tendenţios un text şi să dea instituţiei avute în vedere o imagine deosebită de aceea pe care ea o posedă în realitate. Pentru toate aceste motive, comparatistul trebuie să examineze termenul de comparat în ansamblul izvoarelor ordinii juridice respective; text legal, doctrină, jurisprudenţă şi practică extrajudiciară. Mai multe exemple vor ilustra fiecare din aceste ipoteze.

---

[124] Este unul din scopurile metodei comparative. A se vedea **supra**, Nr. 48 şi **infra**, Nr. 79 şi urm.

[125] Deja *Lambert*, (**La Fonction**, 13) critica "tendinţa neplăcută de a izola studiul codurilor şi legilor de studiul doctrinei şi al jurisprudenţei, de analiza multiplelor documente ce ne fac să cunoaştem modul în care fiecare legislaţie se comportă în aplicarea ei"...

56. TEXTUL LEGISLATIV[126], SINGUR, NU POATE ARĂTA IMAGINEA ADEVĂRATĂ A TERMENULUI DE COMPARAT

Ideea, astăzi banală, potrivit căreia textul legii singur nu poate oglindi imaginea exactă a unei instituţii juridice a devenit evidentă de la începutul secolului[127]. Situaţia dreptului francez este cea care explică de ce juriştii francezi[128] şi-au dat seama atunci de această idee în mod clar. *Lambert*[129] arată explicit cauzele acestui lucru. Rândurile pe care el le-a scris au vârsta secolului. Totuşi, ele spun tot ceea ce, din punct de vedere metodologic, este necesar. Ceea ce ne scuteşte de a mai cita marea majoritate[130] a comparatiştilor ce împărtăşesc acest punct de vedere, afirmând că obişnuita comparare juridică este altceva decât o simplă juxtapunere de articole de lege. Mai târziu, comparatiştii americani vor descoperi această regulă metodologică prin acel *functional*

---

[126] *Ehrlich* (393) scria: "Wenn die herrschende Rechtswissenschaft von allen Rechtserscheinungen so sehr den Rechtssatz als Gegenstand der Forschung hervorzugt, so geschicht das in der stillschweigenden Voraussetzung, das ganze Recht liege in den Rechtssätzen beschlossen vor uns".

[127] Ceea ce unii juriști ai Sistemului *socialist* (de exemplu, *Posch* şi *Petev*, 89) atribuie *comparării burgheze*, sub numele de "comparare formală a dispoziţiilor juridice izolate", constituie o greşeală metodologică recunoscută şi condamnată de mult timp. A se vedea, de exemplu, părerea lui *Lambert*, **supra**, Nr. 56, nota 121 şi notele următoare.

[128] *Saleilles* (Raport prezentat Comisiei de organizare asupra utilităţii şi scopului precum şi programului Congresului, **Procès-verbaux**, I, 11) scria : "Se crede, într-adevăr, că s-a constatat în mod suficient dreptul străin atunci când se cunosc textele care îl rezumă. Or, mai întâi, textele nu sunt nimic fără interpretare; şi, din punct de vedere al criticii legislative, interpretarea nu este nimic fără rezultate. Acestea din urmă, în definitiv, este important să fie cunoscute". Zece ani mai târziu, *R. Pound* (AmLR 44, 1910, 12 şi urm.) vorbea de "Law in Books and Law in Action".

[129] *Lambert* (**Rapport général**, **Procès-verbaux**, I, 50) preciza: "Aceste soluţii nu va trebui câtuşi de puţin să fie căutate numai în Coduri şi în legi. Codurile, mai ales când nu sunt revizuite în mod frecvent, îmbătrânesc foarte repede. Interpretarea jurisprudenţială, mişcarea naturală a practicii, le transformă puţin câte puţin, potrivindu-le după schimbările mediului economic şi social. În situaţia în care comparatistul s-ar mărgini să caute expresia dreptului în Codurile şi legile străine el n-ar obţine adesea decât descoperirea unui drept îmbătrânit şi deja căzut în desuetudine. Ceea ce trebuie el să studieze nu e numai structura teoretică a fiecărui sistem juridic, ci fizionomia căpătată de acest sistem prin uzura timpului şi prin folosinţă. Cunoaşterea materială a soluţiilor în mod efectiv admise de tribunalele fiecărei ţări n-ar putea încă să-i ajungă. El are nevoie, ca să înainteze cu folos în lucrul său de comparare, să cunoască spiritul şi raţiunea de a fi a fiecărei soluţii. Soluţia aceasta nu-şi capătă înţelesul şi adevărata fizionomie decât atunci când este reinclusă în ansamblul legislaţiei din care ea face parte".

[130] Cu titlu de exemplu *Ascarelli*, 6, 12.

approach[131]. Totodată, există încă mari jurişti ce cred că fac drept comparat citând numai textul legal[132]. Din punct de vedere al comparării, e vorba de o eroare metodologică. Singur, un text de lege străină este neîndestulător pentru a ne învăţa despre starea exactă a ordinii juridice avute în vedere. Şi aceasta pentru mai multe motive.

[131] Astfel de pildă: *Hug* şi *Ireland* (**The Progress of Comparative Law**, TLR 6, 1931, 73) precizează: "...to learn its actual operation, to see what it does as distinct from what it says, by consultation of the commentators and more importantly by examination of the actual decisions of the courts to carry through this analyses for each of the great systems of law...". *Yntema* (**Research in Inter-American Law at the University of Michigan**, MichLA 43, 1944, 557) scrie: "Mere formal collocation of the laws to be compared is not adequate: account must be taken of the interpretative doctrines and their illuminating applications by the court to specific problems, as well as of the differing structures of ideas, the historical background, and the special procedural and practical aspects, relating to each question. The problem is to examine not mere formulation *in abstracto* but functioning legal institutions, as they appear each in its more or less specific social context". În acelaşi sens, *Mc Dougal*, 30; *Rheinstein*, AJoCL 1 (1952) 95 şi urm.; etc.

[132] Să dăm un singur exemplu. *Henri, Léon Mazéaud* şi *André Tunc* (**Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, Paris, ed. a 6-a, 1965, I, Nr. 1006) explică răspunderea contractuală pentru fapta altuia în Germania (unde această răspundere este considerată pentru fapta propriu) reproducând textul din § 278 BGB, ceea ce este exact. Totuşi, acest text *privit izolat* spune puţin despre situaţia debitorului şi lămureşte într-o mică măsură natura acestei răspunderi. Întinderea exactă a acestui paragraf nu este de înţeles decât în raport şi în comparaţie cu § 831 BGB, care reglementează răspunderea comitenţilor pentru prepuşi în materie de răspundere delictuală. Poziţia reală a răspunderii debitorului contractual şi a comitentului reiese pe planul probei scoaterii din culpă. În caz de răspundere contractuală, debitorul nu se poate elibera prin dovada lipsei culpei sale (§ 278 BGB), cu alte cuvinte prin dovada care, în aceeaşi situaţie, în materie delictuală (§ 831 BGB) eliberează comitentul. De aici şi tendinţa jurisprudenţei de a extinde domeniul de aplicare al § 278, precum şi proiectele de reformă (1967). În vederea unei priviri comparative asupra acestei probleme, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Grundfragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen im französischen Recht, Festschrift H. Lange** (München 1970, 415 şi urm.). A se vedea de asemenea *Heinz Hübner*, **Der Referentenentwurf zur Anderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften und seine Bedeutung für die Versorgungswirtschaft, Regeln der Technik und Schadensersatz** (Düsseldorf 1969) 65 şi urm.; *H. Kötz*, **Haftung für besondere Gefahr. Generalklausel für die Gefährdungshaftung**, AcP 170 (1970) 1 şi urm.

57. TEXTUL LEGISLATIV ESTE PROST REDACTAT

În ciuda progreselor însemnate, se întâmplă ca unele texte să fie incomplete sau prost redactate[133]. Să te încrezi numai în ele singure te duce la concluzii false privind termenul de comparat. Să luăm doar exemplul articolului 1142 din Codul civil ai cărui termeni au indus în eroare comparatişti străini[134]. Articolul dispune ca: "Orice obligaţie de a face sau de a nu face se schimbă în daune-interese în caz de neexecutare din partea debitorului". Redactarea textului este inexactă. Luat literă cu literă, articolul pare să arate că obligaţia de a executa este o obligaţie alternativă pentru debitorul care ar poseda un adevărat drept de opţiune între a executa *sau* a plăti daune-interese. Or, această imagine este falsă. Mai întâi, fiindcă aceste obligaţii nu sunt niciodată alternative; apoi, deoarece regula articolului 1142 din Codul civil nu se aplică la toate obligaţiile de a face sau de a nu face, ci la o singură categorie, şi anume la obligaţiile strict personale, punând în joc calităţile individuale ale debitorului. Ori de câte ori obligaţia de a face sau de a nu face nu are un caracter personal şi când persoana executantului este indiferentă, executarea directă rămâne posibilă, chiar dacă, potrivit ipotezelor, drepturile părţilor variază[135]. În orice caz, nu este vorba, în dreptul francez, de o *transformare automată* a obligaţiei de a face sau de a nu face în daune-interese în caz de neexecutare, ca în dreptul roman sau ca în *Common Law* înainte ca *Equity* să nu fi desprins *Specific Performance* şi *Injunction*. În sfârşit, întrucât chiar atunci când obligaţia are un caracter specific, debitorul poate, în anumite ipoteze, să fie silit de a o executa prin condamnare la plata unor daune comi natorii[136]. Oricum, textul *Codului civil* nu dă o imagine exactă a regulii juridice, iar comparatistul ce s-ar mulţumi doar cu textul singur - legea constituind izvorul principal de drept în Sistemul nostru - ar săvârşi grave erori.

---

[133] Deja *Jhering* (I, 31 şi urm.) semnala faptul că *formularea* dreptului poate să fie defectuoasă şi scotea în evidenţă diferenţele dintre dreptul *aplicat* şi dreptul *formulat*.

[134] A se vedea **infra**, Nr. 77, 78.

[135] Articolul 1144 C. civ. îi permite creditorului să ceară tribunalului autorizaţia de a executa obligaţia pe cheltuiala debitorului. O altă ipoteză asemănătoare este aceea prevăzută de art. 1264 C. civ. Este de asemenea cazul obligaţiilor locatorului, derivate din art. 1720 C. civ.

[136] A se vedea **infra**, Nr. 78.

58. TEXTUL LEGISLATIV PRINCIPAL ESTE COMPLETAT DE ALTE TEXTE

Adesea, mai multe texte, risipite prin diverse Coduri şi legi, contribuie la formarea regulii juridice. Mai ales, se poate ca textul socotit ca principal să stabilească un principiu care este reîntărit sau modificat de alte texte care, în mod greşit, par secundare. În ceea ce priveşte dreptul italian, soluţia problemei executării directe a obligaţiilor de a face sau de a nu face era dată de articolul 1218 din *Codice Civile* din 1865. Redactorii acestui Cod ţinuseră seamă de criticile aduse Codului Napoleon şi de dificultăţile pe care redactarea articolului 1142 a Codului Civil francez le provocase. De aceea, articolul 1218 al Codului Civil italian, mai bine conceput, stipula: "Chi ha contrattato un obligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni". Articolul stabilea principiul ca cele două soluţii să fie subsidiare. Redactarea lui nu lasă nici o îndoială că "chi ha contrattato un obligazione, è tenuto ad adempierla esattamente"[137]. Totuşi, a limita compararea la acest text ne împiedică să sesizăm adevăratul aspect al problemei. Pe lângă aceasta, trebuie să recurgem la textele care îl completează. Dacă vechiul Cod civil italian consacra acestei probleme un articol ce părea limpede, articolele 1220 şi 1222 determinau o oarecare confuzie[138]. *Codice di Procedura Civile* din 1865 nu cuprindea dispoziţii destinate să asigure executarea *in specie*. Ţinând seamă de criticile aduse de doctrină, ele au fost introduse în noul Cod italian de procedură civilă din 1940[139]. Comparatistul va trebui deci să recurgă la

---

[137] Acest raport de subsidiaritate între executarea în natură şi daunele - interese în caz de neexecutare este şi mai clar afirmat în articolul 1218 din noul *Codice Civile* din 1942 care precizează: "Il debitore (1308) che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1372 şi urm., 2740) è tenuto al risarcimento del danno (1223), se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Textul nu lasă nici o îndoială asupra faptului că debitorul nu are un drept de opţiune între executare sau plata de daune - interese, că, prin urmare, obligaţia sa de a executa nu este alternativă.

[138] Art. 1220: "Non essenda adempita l'obbligazione di fare, il creditore puô essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore".

Art. 1222: "Il creditore puô domandare che sia distrutto ciô che si è fato in contravenzione all'obbligazione di non farô e puô essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento dei danni".

[139] Art. 612: "Provvedimento. - Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare (2931, 2935 c. c.), dopo la notificazione del precetto, deve chiedere con ricorso al pretore che siano determinate le modalità dell' esecuzione" (16, 26).

Art. 613: "Difficoltà sorte nel corso dell' esecuzione. -

aceste texte complementare care reglementează amănunţit executarea în natură şi prevăd instituţii în acest scop. Uneori, nu vreun alt text precizează sau modifică funcţia aceleiaşi instituţii, ci o altă instituţie completează sau modifică funcţia celei dintâi[140].

59. TEXTUL LEGISLATIV ESTE COMPLETAT SAU MODIFICAT DE APLICAREA SA JURISPRUDENŢIALĂ

A consulta izvoarele dreptului străin în totalitatea lor înseamnă a completa textul legii prin examinarea cutumei, a doctrinei, a practicii afacerilor şi mai ales a jurisprudenţei, şi aceasta chiar în ţările unde întâietatea legii constituie un principiu îndeobşte recunoscut. Într-adevăr, pe baza textelor legilor, însă dincolo de texte şi câteodată contra lor, înfloreşte un drept de origine judiciară[141] ce se deosebeşte în

---

L'ufficiale guidiziario puô farsi assitere della forza publica e deve chiedere al pretore le opportune disposizioni per eliminare le difficoltà che sorgono nel corso dell' esecuzione. Il pretore provvede con decreto".

Art. 614: "Rimborso delle spese. -

Al termine dell' esecuzione o nel corso di essa, la parte istante presenta al pretore la nota delle spese anticipate vistata dall' ufficiale guidiziario, con domanda di decreto d'ingiunzione (663). Il pretore, quando riconosce giustificate le spese denunciate, provvede con decreto a norma dell' art. 642".

De altfel, noul Cod civil italian merge mai departe în reglementarea sa, căci el precizează cum va fi realizată executarea forţată a obligaţiei de a face şi de a nu face. În privinţa aceasta, art. 2931 dispune: "Esecuzione forzata degli obblighi di fare. - Se non è adempiuto un obligo di fare, l'avente diritto puô ottenere che esso sia eseguito a spese dell' obligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile". La rândul său, art. 2933 dispune: "Esecuzione forzata degli obblighi di non fare. - Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto puô ottenere che sia distrutto, a spese dell' obbligato, cio che è stato fatto in violazione dell' obbligo (612-614 C.p.c.). Non puo essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto puo conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all' economia nazionale".

Rezultatul acestor reforme este, pe de o parte, o realizare mai efectivă a drepturilor creditorului; pe de altă parte, o executare mai independentă a voinţei acestuia, după cum constată, de exemplu, *M.T. Zanzucchi*, **Diritto processuale civile** (Milano, ed. a 5-a, 1964) III, 266 şi urm.; a se vedea de asemenea *U. Rocco*, **Trattato di diritto processuale civile** (Torino, ed. 1, 1959) IV, 39 şi urm.; *S. Satta*, **Diritto processuale civile** (Padova, ed. a 7-a, 1967) 457 şi urm.

[140] **Infra**, Nr. 78.

[141] *Cornil* (363) are dreptate să afirme că denumirea de *drept jurisprudenţial* este mai îngustă. Totuşi, termenul de *drept cutumiar* pe care-l propune nu ni se pare nici acesta potrivit.

mai multe puncte esenţiale de dreptul legislativ[142]. În felul său, jurisprudenţa este izvor de drept. Bineînţeles, afirmaţia aceasta este contrară dogmei separării puterilor care încredinţează în principiu jurisprudenţei numai funcţia de interpretare şi de aplicare a legii. Totuşi, ce este important pentru cunoaşterea unei reguli juridice este modul cum ea e înţeleasă, interpretată şi aplicată de tribunale. "Un text legislativ - scria *Saleilles* - luat în el însuşi nu este decât o osatură despuiată de tot ce-i viaţă, un mecanism în repaos"[143]. Or, ceea ce comparatistul trebuie să cunoască este dreptul viu, adică mecanismul în acţiune. Studierea textelor legale trebuie deci să fie mereu completată[144] prin aceea a jurisprudenţei pentru a cunoaşte fizionomia exactă a termenului de comparat.

Acţiunea creatoare a jurisprudenţei în elaborarea şi cizelarea normei juridice este prea complexă în ea însăşi, prea schimbătoare în procedeele sale şi prea variată, de la o epocă şi de la o ordine juridică la alta, pentru a putea fi redusă la câteva aspecte schematice. Totuşi, trebuie să ne luăm riscul de a o face. Dacă se lasă deoparte cazurile în care tribunalele aplică norma juridică după cum prevede textul, comparatistul trebuie să-şi dea seama că are de a face cu o inovaţie jurisprudenţială ori de câte ori constată un decalaj între textul legislativ şi aplicarea sa. Efectele acestei inovaţii pot fi diverse. Inovaţia este creatoare ori de câte ori tribunalele făuresc din toate piesele o instituţie ce nu exista[145]. Ea este modificatoare atunci când dă sistemului legal o orientare diferită de orientarea iniţială. Acţiunea înnoitoare a jurisprudenţei poate făuri din toate piesele o instituţie juridică sau să întregească sistemul legal. Opera sa participă atunci la cele două forme citate mai sus, deoarece completând un text, umplând o lacună sau lărgind efectele unei instituţii, jurisprudenţa modifică în mod necesar sistemul legal iniţial. Inovaţia poate fi extensivă în măsura în care domeniul de aplicare al normei juridice este lărgit. Ea poate să fie *deformantă* în măsura în care jurisprudenţa acordă unei instituţii o funcţie în întregime deosebită, sau chiar contrară celei pe care o avea până atunci. În sfârşit, acţiunea sau inacţiunea tribunalelor poate avea

---

[142] *Ascarelli*, 7.

[143] *Saleilles*, **Introduction à l'étude du droit civil allemand**, 3.

[144] *Erbe*, 218 afirmă că: "Statt aus Paragraphem lernt man die wirklichen Verhältnisse *häufig* aus der Rechtsprechung kennen". În realitate, nu *adesea*, ci *totdeauna* prin jurisprudenţă învăţăm să cunoaştem adevărata fizionomie a unei instituţii.

[145] A umple lacunele constituie un punct de plecare sigur pentru acţiunea creatoare a jurisprudenţei. Într-o foarte bogată literatură, a se vedea rapoartele publicate în lucrarea **Le problème des lacunes en droit** (Bruxelles 1968).

un efect abrogator. Câteva exemple trebuie să ilustreze fiecare din aceste ipoteze.

Îmbogăţirea fără justă cauză constituie în Franţa o instituţie juridică înfiinţată în întregime de jurisprudenţă. Codul civil cunoştea în această privinţă unele aplicaţii fragmentare[146], însă jurisprudenţa, plecând de la hotărârea dată în cazul *Boudier*[147], este cea care a făcut din îmbogăţirea fără justă cauză un principiu general, precizând condiţiile acţiunii *de in rem verso*. De asemenea, jurisprudenţa franceză a creat o nouă instituţie, făurită din toate bucăţile şi lipsită de orice text: daunele comina-torii. În alte domenii, aportul creator al jurisprudenţei a fost mai îndrăz-neţ şi mai remarcabil. Întreg dreptul administrativ francez este o creaţie jurisprudenţială. Existenţa sa însăşi a fost justificată de jurisprudenţă pe baza textelor interzicând tribunalelor judiciare să cunoască faptele Administraţiei. Înainte de a fi sistematizate de doctrină, principiile au fost elaborate în mod cazuistic, ca şi *Common Law*. Numai dreptul administrativ special a necesitat o reglementare specifică. Astfel, com-paratistul străin ar căuta în zadar în texte legislative majoritatea regulilor dreptului administrativ. Deşi făcând parte dintr-o ordine juridică întemeiată pe întâietatea legii, această ramură a dreptului francez a fost elaborată în chip judiciar, deci în acelaşi fel ca dreptul englez. Partea înnoitoare a acţiunii jurisprudenţiale este foarte însemnată atunci când, umplând lacunele legale, tribunalele sfârşesc, de fapt, prin a modifica adânc sistemul legal iniţial. Consacrând teoria acelor *positiven Vertragsverletzungen*[148], jurisprudenţa germană nu a făcut în mod aparent decât să completeze sistemul legal al răspunderii contractuale, adăugând singurelor forme de încălcare contractuală ce justifică răspunderea, imposibilitatea şi întârzierea[149], această nouă categorie, *positiven Vertragsverletzungen*. În realitate, jurisprudenţa a reînnoit pro-fund sistemul legal. Imposibilitatea - ca trăsătură caracteristică a sistemului legal - încetează de a fi pentru dreptul german noţiunea centrală ce era pentru BGB. În locul ei apare acea *Vertragsverletzung*,

---

[146] Este cazul accesiunii relative la bunurile imobiliare din art. 555 C. civ. sau al accesiunii referitoare la ceea ce este produs de lucrul altuia prevăzute de art. 548 C. civ.

[147] Req. 15 iunie 1892, S. 1893. 1. 281.

[148] Cf. *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 59.

[149] Doi ani după intrarea în vigoare a BGB-ului, *Staub* denunţa lacuna iar jurisprudenţa (RGZ 52, 19; 59, 221; 62, 120; 66, 291; etc) îl urma. Controversa enormă şi şovăielile lui *Reichsgericht* şi *Bundesgerichtshof* (13.11.1953, NJW 1954, 229) privind paragrafele BGB-ului pe care acele *positiven Vertragsverletzungen* trebuie să fie întemeiate nu le-au zdruncinat nicidecum existenţa. Paragrafele 280, 286, 325, 326 BGB.

noţiune nouă şi tot atât de largă precum "neexecutarea" ("inexécution")[150] franceză. Astfel, dreptul german a pierdut, împreună cu fidelitatea sa faţă de pretinsul sistem roman, îngustimea ce caracteriza reglementarea sa legală.

Tot astfel, comparatistul străin care ar examina răspunderea delictuală doar în lumina paragrafului 823 BGB şi-ar face o imagine falsă despre răspunderea delictuală germană. Într-adevăr, sistemul legal îndepărtase, în mod deliberat, reglementarea pe bază de principii generale (*Generalklausel*) şi preferase o reglementare enumerativă a categoriilor tipice, întemeiată pe distincţia dintre bunuri şi drepturi absolute şi relative. Sistemul acesta a fost nu numai lărgit şi completat dar, în realitate, şi profund modificat şi structural reînnoit[151] prin intervenţiile din ce în ce mai îndrăzneţe[152] ale jurisprudenţei.

Să reamintim de asemenea rolul creator al jurisprudenţei lui *Reichsgericht* care, plecând de la § 826 BGB, a dezvoltat principiul ce admite *boycott*-ul[153] şi *Unterlassungsklage*[154]. Mai cu seamă trebuie să menţionăm jurisprudenţa de după primul război mondial, care admitea că o parte contractuală putea să ceară rezoluţiunea acestui contract ori

---

[150] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 52-61, 139, 277, 278.

[151] Îndeosebi *E. von Caemmerer*, **Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjähringen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960** (II, 1960) 69 precum şi autorii pe care-i citează. *Larenz*, **Schuldrecht**, II, § 65, I; *Esser*, **Schuldrecht**, II, § 107, I, II; *Fikentscher*, **Schuldrecht**, § 97, III, 2 şi § 103, I, II, III. Pentru un rezumat al problemei în doctrina franceză, *Léontin-Jean Constantinesco*, **Violation de la norme communautaire et responsabilité délictuelle en droit allemand, Mélanges Voirin** (Paris 1967) 100 şi urm.

[152] Este vorba de o enormă dezvoltare cazuistică ce poate fi grupată în mai multe mari categorii care, dincolo de texte, sfârşesc prin a apropia de fapt sistemul german de sistemul francez. În ultimul timp, în acelaşi sens, *Ulrich Hübner*, **Die Haftung des *gardien* im französischen Zivilrecht** (Karlsruhe 1972) 146 şi urm. E vorba mai întâi de *Recht am Unternehmen*, recunoscut ca un *sonstiges Recht* în sensul § 823, al. 1 BGB încă din 1904 (RGZ 58, 24 şi în prezent BGHZ 3, 279). De atunci, categoria aceasta s-a lărgit în proporţii de nebănuit. Apoi urmează daunele ce rezultă din încălcarea obligaţiilor de securitate, categorie veche dar larg dezvoltată după cel de-al doilea război mondial. La aceasta se adaugă daunele pricinuite printr-un viciu de construcţie, categorie mai veche, dar în prezent din ce în ce mai largă. În fine, trebuie mai ales menţionată inovaţia revoluţionară a recunoaşterii unui drept general al personalităţii (BGHZ 13, 334) şi în caz de violare, posibilitatea de reparare a daunelor imateriale (BGHZ 15, 249; 20, 345).

[153] RGZ 76, 35; 106, 277.

[154] RGZ 48, 114; 60, 6; 101, 335. Pentru o dare de seamă amănunţită asupra dezvoltării lui *Unterlassungsklage* a se vedea *G. Boehmer*, **Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung** (ed. 1, Tübingen 1950) I, 37 şi urm.

de câte ori menţinerea contractului cu un caracter nespeculativ, din cauza împrejurărilor intervenite ulterior, ar încălca principiul bunei credinţe al §.242 BGB[155].

Reichsgericht a mers, pe această cale, chiar până la a-i permite judecătorului, în unele împrejurări, să adapteze contractul sinalagmatic (majorând prestaţia unei părţi) unei situaţii fundamental modificate de un eveniment ulterior[156].

Rolul subordonat de interpretare şi aplicare a legii care îi este atribuit obligă uneori jurisprudenţa să-şi ascundă acţiunea înnoitoare sub o interpretare *deformantă*[157]. Jurisprudenţa aplică acelaşi text, însă ca să poată rezolva nevoile sociale pe care nici o lege nu le-a prevăzut ea îi dă o semnificaţie contrară, sau total diferită de aceea avută în realitate. Noţiunea de *necesitate*, condiţie a pensiei alimentare în caz de divorţ, potrivit art. 301 din Codul civil francez nu este precizată în nici un fel de acest text. Afirmând că pentru a justifica pensia alimentară, starea de necesitate trebuie să rezulte *direct* din divorţ şi să nu se întemeieze pe cauze ulterioare divorţului, Curtea de Casaţie[158] a procedat la o interpretare *deformantă*, deoarece ea face ca un text să spună ceea ce în realitate el nu spune[159].

Totuşi, exemplul cel mai faimos rămâne cel al primului alineat al articolului 1384 din Codul civil francez. Tribunalele au făcut acest text să spună ceea ce el nu spunea. Înmulţirea accidentelor produse din cauze necunoscute, în care era imposibil să se dovedească existenţa unei culpe, făcea urgentă intervenţia unei răspunderi fără culpă dovedită. Autorii şi tribunalele au rezolvat situaţia desprinzând din contextul său alineatul 1 al art. 1384 Cod civil, a cărui literă nu menţionează culpa

---

[155] Cu titlu de exemplu, RGZ 88, 172; 90, 102; 95, 41. Pentru o vedere de ansamblu, a se vedea *Larenz*, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung; die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht** (ed. a 3-a, München şi Berlin 1963).

[156] RGZ 100, 129 precizează că debitorul unui contract civil, încheiat pe termen lung şi în timpul unei perioade de stabilitate monetară, are dreptul de a cere o sporire a preţului convenit, dacă intervine o modificare fundamentală a împrejurărilor, ca de pildă deprecierea monetară. Acel § 242 BGB îi acordă acest drept, dacă cele două părţi vor să menţină contractul. După *Reichsgericht*, judecătorul poate acorda un spor printr-o judecată constitutivă.

[157] Este ceea ce *Cornil* (loc. cit., 362) numea "ipocrizia expedientelor de interpretare".

[158] Civ. 18 octombrie 1926, D. P. 1927. 1. 101, nota *Rouast*.

[159] Pentru ansamblul problemei, *Léontin-Jean Constantinesco*, **Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegatten im französischen Recht** (Köln 1965); *acelaşi*, **Principe de la causalité en matière de pension alimentaire après le divorce**, RIDC 1965 (4) 49 şi urm.

drept o condiţie a răspunderii. Oricare ar fi fost şovăielile anterioare, începând cu a doua hotărâre *Jand'heur*[160], primul alineat al articolului 1384 asigură existenţa autonomă a unui principiu general care, prin *prezumţia de responsabilitate*, poate antrena în fapt o răspundere în absenţa culpei. Această hotărâre a fost, prin interpretarea sa *deformantă*, punctul de plecare al unei dezvoltări jurisprudenţiale prodigioase, care a lărgit şi completat, dar care a şi modificat profund şi reînnoit sistemul legal. Principiul rămâne, în linii mari[161], chiar dacă evoluţia ultimelor decenii a moderat unele din aspectele sale[162]. Numeroase exemple de interpretare *deformantă* pot fi menţionate în jurisprudenţa franceză. Astfel, încă din 1819, ea a pus baza inalienabilităţii zestrei imobiliare pe temeiul articolelor 1540, 1541, 1554-1556 c. civ., a căror tăcere lasă anume a se deduce contrariul[163]. Înaintea legii din 7 noiembrie 1907, Curtea de Casaţie validase legitimarea copiilor incestuoşi printr-o interpretare *deformantă* a articolului 331 c. civ.[164].

Se poate de asemenea ca textul străin pe care comparatistul se bazează să fie neaplicat de fapt sau atins de o abrogare tacită. Astfel, comparatistul străin care ar vrea să studieze puterile Preşedintelui Republicii Franceze în Constituţiile celor de a treia şi a patra Republici ar trebui să constate că acesta avea dreptul de a dizolva camerele[165]. Totuşi, timp de 78 de ani acest drept nu a fost exercitat niciodată. Cauza se afla în părerea mediilor politice, care considerau că o asemenea dizolvare, deşi înscrisă în Constituţie, ar reprezenta un *abuz* din partea

---

[160] Ch. Réunies, 13 februarie 1930, S. 1930. 1. 121, nota *Esmein* = D. 1930. 1. 57, nota *Ripert.*

[161] Refuzul de a reţine răspunderea proprietarului automobilului furat (Ch. Réunies 2 dec. 1941, S. 1941. 1. 217 nota *H. Mazéaud* = D.C. 1942, 25 nota *Ripert*) şi exonerarea de răspundere datorată rolului pasiv al lucrului (îndeosebi Civ. 19 februarie 1941, S. 1941. 1. 49 nota *F.M.* = D.C. 1941, 85 nota *Flour*) nu anulează principiul; această jurisprudenţă evită doar excesele sale.

[162] Îndeosebi jurisprudenţa ce respinge *prezumţia de responsabilitate* în caz de alienare mintală a ocrotitorului.

[163] Cass. Civ. 1 februarie 1819, S. 1819. 1. 146; Req. 26 mai 1836, S. 1836. 1. 775; Ch. réunies 14 nov. 1846, S. 1846. 1. 824; etc...

[164] Îndeosebi hotărârile Camerei Civile: Cass. Civ. 22 ianuarie 1867.

[165] Articolul 5 al Legii constituţionale din 25 februarie 1875. Articolul 51 al Constituţiei din 28 octombrie 1946. Singura dizolvare a celei de-a treia Republici a fost aceea a lui Mac Mahon, la 16 mai 1877. Dacă din punct de vedere juridic ea era perfect valabilă, din punct de vedere practic apărea ca o lovitură de forţă contra regimului, iar această procedură a fost definitiv discreditată. Dreptul de dizolvare, deşi rămâne în continuare prevăzut de textele celei de-a patra Republici, este însoţit de numeroase formalităţi, destinate să-i facă foarte dificilă folosirea. El n-a fost exercitat decât o singură dată, la 1 decembrie 1955 de *Edgar Faure*. A se vedea **infra**, Nr. 104 c.

Preşedintelui Republicii. Comparatistul care ar studia puterile şi prerogativele Preşedintelui doar cu ajutorul textului constituţiei ar putea să tragă concluzii inexacte gândind că Preşedintele Republicii era mai puternic decât a fost de fapt.

60. Comparatistul nu trebuie să se încreadă, necontrolat, în opinia doctrinei naţionale

Examinarea jurisprudenţei nu este singura pe care comparatistul trebuie s-o facă. A cerceta totalitatea izvoarelor înseamnă a nu ignora cutuma, practica afacerilor[166] şi doctrina, atunci când ele au o influenţă asupra regulii de drept cercetate. Deşi nu este un izvor de drept, doctrina contribuie la evoluţia dreptului. Totuşi, comparatistul nu trebuie să se încreadă din capul locului şi fără rezervă în părerile autorilor referitor la aprecierea propriei lor ordini juridice.

Încă *Jhering*[167] precizase că orice studiu dogmatic, făcut de un jurist într-o anumită epocă, pentru contemporanii săi, nu trebuie considerat, mai târziu, de istorici, ca o unitate de măsură sau ca un model al dreptului epocii avute în vedere. Într-adevăr, juristul poate să nu spună unele lucruri deoarece ele sunt superflue pentru cititorii săi sau, pur şi simplu, deoarece nu a observat unele aspecte pe care evoluţia ulterioară le-a făcut evidente. Ca să cunoşti o ordine juridică străină, nu trebuie să te limitezi la cunoaşterea teoriilor şi a aspectului dogmatic al dreptului; trebuie să legi teoria şi dogma de viaţa reală a ordinii juridice străine. De altfel, se întâmplă adesea ca doctrina naţională[168] să nu scoată la iveală elemente importante[169]. Adesea, juriştii naţionali nu au suficientă distanţă ca să sesizeze adevărata perspectivă a unei înnoiri jurispruden-

---

[166] *Ascarelli* (8) arată importanţa practicii afacerilor îndeosebi în dreptul comercial, maritim şi al contractelor.

[167] *Jhering*, I, 57 şi urm.

[168] Deja *Lambert* (**La Fonction**, 101) îi avertiza pe comparatişti împotriva primejdiilor de a lua literă cu literă Tratatele de drept intern: "Comparatistul ar săvârşi, încrezându-se în indicaţiile acestor Tratate, o imprudenţă foarte gravă şi ar compromite iremediabil rezultatele operei sale personale". *Lambert* afirma că autorul comparării "este obligat să realizeze o muncă de rectificare pentru a izola regulile juridice cu adevărat vitale şi totdeauna aplicate de impurităţile amestecate aici prea adesea de interpretul dreptului intern". Desigur, de atunci situaţia comparatistului s-a îmbunătăţit mult.

[169] În acest sens, *Ascarelli* (10) care (nota 7 bis) îl citează pe *Valery* (**Mauvaises pensées et autres**) potrivit căruia "autorul ştie prea multe despre lucrarea sa ca să nu omită câteodată ori să zică, ori să nu zică cutare lucru esenţial de spus sau de ascuns".

ţiale. Câteodată, ei nu pot scăpa de *logica* sau de prejudecăţile ce rezultă din optica naţională. Alteori, autorii sunt foarte divizaţi în ceea ce priveşte interpretarea aceleiaşi instituţii[170]. Altădată, autorii sunt, fără a voi, prizonieri ai propriilor lor teorii, deci mai curând înclinaţi să nu înţeleagă decât ceea ce le confirmă teoriile lor. Este de ajuns să ne gândim la felul metodic în care *H.* şi *L. Mazeaud*, în savanta lor lucrare, se străduiesc să facă să se confunde neexecutarea şi culpa în răspunderea contractuală, astfel încât să fundamenteze întreaga răspundere contractuală franceză pe principiul culpabilităţii. Or, teoria aceasta dă o imagine inexactă a poziţiei dreptului francez[171]. Comparatistul străin trebuie întotdeauna să supună teoriile doctrinei examenului critic al faptelor şi să nu le accepte decât în măsura în care ele confirmă soluţiile jurisprudenţei.

61. Comparatistul trebuie să sesizeze practica reală a regulii de drept

Modificarea unui text legal prin aplicarea sa practică reprezintă un fenomen ce poate fi observat în toate ramurile ştiinţei juridice. În dreptul civil ca şi în dreptul comercial este cu putinţă ca toate clauzele generale să modifice, în fapt, sistemul legal astfel cum este el prevăzut în text. Tot astfel, practica administraţiei poate, în fapt, să modifice instituţiile juridice aşa cum textele legale le prevăd[172]. Se poate de asemenea ca norma stabilită de texte constituţionale să fie modificată de practica guvernului sau de practici administrative. Această constatare generală poate fi ilustrată de exemple luate din toate ţările lumii

Foarte adesea, un text legal nu este aplicat în fapt. De aceea, comparatistul trebuie să cunoască practica[173] textului respectiv. Astfel, menţinerea legală a pedepsei cu moartea în Belgia nu a împiedicat abolirea ei de fapt. În Argentina, deşi adulterul este un delict, el nu va

---

[170] E destul să ne gândim cât de divizaţi au fost civiliştii francezi în problema *executării în natură*. Pentru autorii secolului al 19-lea, obligaţia de a face nu era susceptibilă de executare forţată. Pentru civiliştii perioadei războiului mondial, toate obligaţiile erau susceptibile de executare forţată. Articolul 1142 C. Civ. este un mijloc de a tempera excesele capabil să intervină în mod excepţional pentru a evita o executare ce ar risca să tulbure ordinea socială.

[171] Metoda comparativă poate exercita un rol de control: a se vedea **infra**, Nr. 121 c.

[172] A se vedea exemple la *Bernhardt*, 433.

[173] A sesiza practica reală a regulii de drept străin nu înseamnă a examina aspectul funcţional al termenului de comparat; aspect care, luându-ne după ultima modă, pare să devină un fel de panaceu universal al metodei comparative.

duce niciodată la urmăriri penale. Într-adevăr, urmăririle penale nu sunt posibile decât după ce despărţirea între soţi din cauza adulterului a fost pronunţată. Cum îndeplinirea procedurii pentru despărţirea între soţi durează mai mult decât termenul prescripţiei penale, nu se ajunge practic la condamnări pentru adulter[174].

Un sistem de sancţiuni penale trebuie studiat nu numai în principiul său, dar şi în practica pe care o cunoaşte în fapt. Se poate ca un cod penal să cunoască un sistem de sancţiuni foarte uman, cu scopul mai ales al recuperării sociale a delincventului, pe când, de fapt, sistemul său penitenciar este din punct de vedere material inapt să realizeze acest scop. Comparatistul s-ar înşela în ce priveşte efectele unei dispoziţii de drept penal dacă nu ar ţine seamă de organizarea şi de funcţionarea tribunalelor represive, de poliţie şi de regimul penitenciar[175].

Civilistul care compară regimuri matrimoniale nu trebuie să ignore practica notarială, nici practica de fapt care variază după mediu social şi după ţară. Comercialistul care vrea să compare rolul contractului în viaţa comercială nu poate să se mulţumească cu studiul dreptului pozitiv şi să ignore uzanţele comerciale, practica afacerilor, modul de întrebuinţare a marilor societăţi internaţionale sau contractele-tip. În comerţul internaţional, contractele-tip, prevăzute cu condiţii speciale, elaborate de marile societăţi internaţionale, prevăd aplicarea unui drept propriu, destul de special. Foarte adesea, aceste contracte sustrag litigiile justiţiei obişnuite ca să le supună competenţei tribunalelor arbitrale aflate sub auspiciile Camerelor de Comerţ internaţionale, sau ale organizaţiilor profesionale. Nu avem decât să ne gândim la rolul jucat de *Lloyd's* din Londra în materie de contracte maritime şi de asigurări, de *London Corn Trade Association* în comerţul de cereale, sau de *Liverpool Cotton Association* în materie de textile. Din uzanţele comerciale şi maritime ca şi din practica afacerilor marilor societăţi se desprinde, foarte des, un drept special diferit de dreptul legal, pe care comparatistul nu-l poate ignora.

Foarte adesea, constituţiile din Europa, Africa sau America Latină cuprind dispoziţii excelente privind controlul constituţionalităţii legilor, principiul separării puterilor sau sistemul de protecţie a drepturilor fundamentale. Totuşi, ca să ştim exact care este dimensiunea practică a acestor dispoziţii, trebuie să începem prin a vedea în ce măsură practica statelor respective este conformă cu textele constituţiei şi în ce măsură lovituri de stat nu pun între paranteze, în timpul unor perioade

---

[174] Exemplu dat de *Molinario* şi citat de *Herzog*, 346. Pentru alte exemple, a se vedea *Herzog*, loc. cit.

[175] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 34.

mai mult sau mai puţin lungi, aceste texte care devin astfel nişte simboluri fără o perspectivă practică[176]. Pretutindeni, şi în toate ramurile dreptului, comparatistul trebuie să măsoare valoarea dispoziţiilor legale în lumina practicii efective căreia ele sunt supuse de fapt.

Abia încetul cu încetul s-a înţeles complexitatea noţiunii dreptului şi varietatea izvoarelor sale, ce fac ca, chiar şi în ordinile juridice bazate pe principiul întâietăţii legii scrise, dreptul să fie departe de a se confunda cu legea[177]. Ideea că fiecare ordine de drept este rezultatul unei pluralităţi de izvoare influenţează în chip necesar procesul metodologic privind cunoaşterea termenului de comparat. Concluzia, trebuie să repetăm, este aceeaşi: termenul de comparat străin trebuie să fie studiat în complexitatea izvoarelor prin intermediul cărora el se manifestă în ordinea juridică respectivă. Comparatistul trebuie neapărat să examineze *toate* elementele şi aspectele problemei: drept pozitiv, doctrină şi jurisprudenţă, practică administrativă, practică judiciară, practică de afaceri, cutume, tradiţie judiciară, uzanţe, etc. Numai cu acest preţ comparatistul poate să năzuiască la o cunoaştere completă şi exactă a termenului de comparat[178]. Necesitatea de a cunoaşte regula de drept reală, deci aşa cum funcţionează ea în viaţa practică şi nu doar cum figurează în texte, explică de ce cercetarea sociologică face parte din metodologia comparativă[179]. În acest fel se poate face deosebire între "living Law" şi "Law in the books"[180].

Astfel, putem măsura cât de departe suntem de concepţia - încă nu s-a scurs mult timp de atunci - dominantă în Sistemul nostru juridic, potrivit căreia întreg dreptul ar fi cuprins în textul legilor şi care încă, cu prilejul elaborării BGB-ului, se mulţumea cu o simplă comparare de texte[181].

---

[176] *Bernhardt*, 438.

[177] În lucrarea sa, **Méthode d'interprétation**, *Gény* arătase întinderea limitată pe care o au hotărârile legii. În concluzia acestei lucrări (II, 221) *Gény* scria: "Legea scrisă, de exemplu, pe care ştiinţa noastră juridică pozitivă pretinde astăzi că îşi edifică sistemul, nu poate fi considerată altceva decât o *informaţie* (sublinierea îi aparţine lui *Gény*) foarte limitată privind dreptul ce rezultă dintr-un ansamblu de injoncţiuni consacrate de un organ superior, cu scopul de a stabili, fără context, câteva reguli ce au părut susceptibile de o formulă netă sau practic indispensabilă". *Gény* va dezvolta această idee privind legea scrisă în cel de-al treilea volum al lucrării **Science et technique en droit privé positif** (Paris, primele două volume apărute în 1914 şi 1915, celelalte două în 1921 şi 1924).

[178] *Lambert*, **La Fonction**, 814 şi urm.; *Rabel*, 4.

[179] A se vedea **infra**, Nr. 84.

[180] *Drobnig*, **Sociological Research**, 487.

[181] *Genzmer*, 334.

Secțiunea a VI-a

A PATRA REGULĂ METODOLOGICĂ.

62. A RESPECTA IERARHIA IZVOARELOR JURIDICE[182] A ORDINII JURIDICE AVUTE ÎN VEDERE. VARIAȚIILE SALE POSIBILE

Comparatistul care examinează un termen de comparat trebuie nu numai să ştie care sunt izvoarele ordinii juridice avute în vedere, ci şi care este valoarea şi funcţia lor în elaborarea regulii de drept. Pluralitatea izvoarelor implică ierarhia lor[183]; este evident că izvoarele de drept nu pot avea toate aceeaşi valoare şi aceeaşi autoritate în elaborarea normei juridice.

Pentru a determina mai bine problema, trebuie aduse două precizări. Prima se referă la chestiunea de a şti ce trebuie înţeles prin ierarhia izvoarelor. A doua precizare este de a şti dacă această ierarhie este aceeaşi în toate ordinile juridice sau dacă ea variază şi, în ipoteza aceasta, în funcţie de ce variază şi în raport cu ce.

Prin ierarhia izvoarelor trebuie să înţelegem ordinea de prioritate ce guvernează raporturile lor respective, deci autoritatea şi rolul pe care o ordine juridică le atribuie fiecărui izvor în elaborarea regulii de drept. Comparatistul trebuie să cunoască şi să respecte ierarhia izvoarelor ordinii juridice străine din care face parte termenul de comparat, deoarece ierarhia aceasta este tocmai aceea pe care juristul naţional o recunoaşte şi o aplică. A vorbi totuşi de ierarhia izvoarelor înseamnă a simplifica în mod exagerat o problemă foarte complexă. În fiecare ordine juridică, fiecare izvor[184] are funcţiile, caracteristicile şi nuanţele lui proprii. Comparatistul trebuie să le cunoască, deşi e greu ca ele să fie sesizate cu toată precizia necesară. Într-adevăr, nu e vorba de o

---

[182] Fiind un element determinant, ierarhia izvoarelor de drept va fi examinată în cel de-al treilea volum al acestui Tratat. Aici e vorba îndeosebi de a arăta interferenţa acestui element determinant asupra aplicării metodei comparative.

[183] Academia internaţională de drept comparat sesizase deja importanţa acestei probleme. A se vedea rapoartele lui *R. Pound* şi îndeosebi cel al lui *Del Vecchio* şi *Maroi* privind **"Les diverses sources de droit, leur équilibre et leur hiérarchies dans les divers systèmes juridiques"**, AAUIC II, 2, 10 şi urm.

[184] Trebuie reamintită regula fundamentală potrivit căreia, în dreptul comparat, prin izvor de drept se înţelege orice factor ce contribuie la elaborarea şi la formarea normei juridice, astfel cum este ea aplicată în mod real în ordinea juridică respectivă. Astfel, în ordinile juridice ale Sistemului *socialist*, trebuie incluse printre izvoarele de drept deciziile organismelor de arbitraj şi de conciliere precum şi tribunalele tovărăşeşti.

ierarhie formală şi vizibilă, clar şi definitiv stabilită, ci mai curând de modul, adesea ezoteric pentru juristul străin, în care izvoarele se amestecă între ele, concurând la elaborarea regulii de drept. Diversele izvoare participă la elaborarea regulii juridice, prin acţiune şi reacţiune[185], prin cooperare şi tensiune[186], prin tendinţe de complementaritate[187] sau de exclusivitate, creând o situaţie de fapt ce nu se lasă înţeleasă şi cunoscută în întregime, uşor şi de prima dată. Ceea ce face anevoioasă abordarea comparatistului este tocmai faptul că el nu e sigur că găseşte în ordinea juridică din care face parte termenul de comparat ierarhia care există în propria sa ordine de drept.

A afirma că ierarhia izvoarelor poate să fie diferită de aceea pe care o cunoaşte propria ordine juridică înseamnă a pretinde că ea variază. Compararea juridică este cea care va ajunge la această constatare care, încă la începutul acestui secol, nu constituia decât ceva întrezărit vag.

---

[185] În Marea Britanie, e de ajuns să ne gândim, de exemplu, la greutăţile pe care *Court of Chancery* a trebuit să le învingă ca să-şi afirme autonomia, probabil sub Cancelarul *Wolsey* (1515-1529), în faţa judecătorilor *Common Law*-ului; la lupta acelor *Courts of Equity* pentru a stabili corpul de reguli ce formează *Equity* ca izvor de drept distinct; la conflictul lung dintre cele două ordini de jurisdicţie, ce se schiţează deja la sfârşitul secolului al 16-lea ca să ia forme deschise în secolul 17.

[186] Evoluţia jurisprudenţei şi îndeosebi principalele sale inovaţii sunt oglindirea unei tensiuni care, plecând de la realitatea socială, se manifestă în izvoarele de drept. Ordinile juridice europene colcăie de exemple de dialoguri între rigiditatea soluţiilor legale şi maleabilitatea soluţiilor jurisprudenţiale. În dreptul francez, mai mult decât în dreptul german, jurisprudenţa este cea care a făcut să scadă tensiunea dintre nevoile vieţii, ce n-au încetat să evolueze, şi stabilitatea soluţiilor legale. Uneori, inovaţiile jurisprudenţiale sunt adevărate reforme juridice. Atunci se poate pune întrebarea de a şti dacă nu era preferabil să se facă acest lucru pe cale legislativă. Astfel, *Paul Durand* (D. 1956, Chron. 76) şi *Jean Carbonnier* (**Droit civil**, 4, 389) cred că marea construcţie jurisprudenţială a *prezumţiei de responsabilitate* (art. 1384 al. 1) constituie "o risipă de inteligenţă şi de timp şi că o «lege bună» privind răspunderea accidentelor de automobil, după exemplul Germaniei şi Elveţiei, ar fi permis fără îndoială să se facă economie de o construcţie atât de ambiţioasă".

[187] Foarte instructivă este poziţia complementară, în acelaşi timp tradiţională şi actuală, pe care o deţine *Statute Law* printre izvoarele de drept engleze şi rolul său subsidiar în formarea regulii de drept. Din primul sfert al secolului al 19-lea, activitatea legislativă n-a încetat să se intensifice pentru a lua de câteva decade proporţii echivalente cu cele ale activităţii legislative de pe Continent. Anglia n-a devenit pentru aceasta o ţară de drept scris. Juriştii englezi aplică principii de interpretare speciale, explicabile prin ideea că *Statute Law* constituie excepţia faţă de corpul de bază al dreptului englez, *Common Law*. (În acest sens *David*, **Introduction**, 72). Se poate afirma că, într-un anume fel, *lex scripta*, în forma tehnică de *Act of Parliament*, n-a fost acceptată de conştiinţa juridică engleză ca izvor de drept egal cu *Common Law*. *Statute Law* continuă să fie considerată drept un izvor juridic de ordinul doi.

Totodată, nu e de ajuns să se constate că ierarhia izvoarelor variază; trebuie de asemenea să se precizeze, şi aici este atinsă a doua problemă, în funcţie de ce are loc această variaţie. Oare fiecare ordine juridică sau fiecare Sistem juridic are propria sa ierarhie a izvoarelor? Cu alte cuvinte, ierarhia izvoarelor variază oare în funcţie de ordinile juridice sau de Sistemele juridice? Aceasta este o problemă foarte importantă pentru metoda comparativă pe care comparatiştii nu şi-au pus-o nicidecum ca atare. Cea mai mare parte dintre ei s-au mulţumit să compare rolul izvoarelor juridice în dreptul englez şi în dreptul continental. Aceste studii de drept străin sau comparativ, interesante şi bogate în rezultate, au permis să se clarifice ierarhia şi rolul izvoarelor în ordinile juridice respective, dar au lăsat intactă problema, esenţială pentru metoda comparativă, de a şti dacă ierarhia izvoarelor variază de la o ordine juridică la alta sau de la un Sistem juridic la altul.

63. IERARHIA IZVOARELOR DE DREPT ŞI A IZVOARELOR LEGISLATIVE ÎN SISTEMUL EUROPEAN

Un examen sumar va face să apară faptul că, în linii mari, ierarhia izvoarelor este aceeaşi în ordinile juridice care fac parte din acelaşi Sistem juridic. În acest domeniu, ordinile juridice ale Sistemului european se caracterizează prin preponderenţa legii şi printr-o ordonare ierarhică în interiorul legii ca izvor principal. Ele se caracterizează de asemenea prin aceea că jurisprudenţa şi cutuma nu sunt decât nişte izvoare subsidiare. Deşi joacă un rol însemnat, jurisprudenţa[188] nu este totuşi hărăzită decât să umple lacunele izvorului principal şi, în mod excepţional, ea tinde să completeze sau să modifice textul de lege. Schema aceasta se regăseşte în ordinile juridice ale Sistemului european, deşi cu deosebiri de detalii şi nuanţe, ce nu pun deci în cauză ierarhia aceasta întemeiată pe preponderenţa legii.

În interiorul legii, ca izvor principal, apare în aceste ordini juridice o altă ierarhie, bazată pe natura legii. După ea, legea constituţională este superioară legii ordinare, aceasta din urmă regulamentului administrativ (règlement), iar regulamentul ordonanţei (ordonnance). Această nouă ierarhie existentă în cadrul legislativ este îndeobşte admisă în Sistemul european. Totuşi, punerea ei în aplicare nu este asigurată totdeauna de proceduri adecvate. Într-adevăr, ea reclamă garanţia unui dublu recurs: pe de o parte, un recurs în legalitate pentru a asigura

---

[188] *J. Maury*, **Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit. Le droit privé français au milieu du XXe siècle**, I, 28 şi urm.

conformitatea actului administrativ şi a regulamentului administrativ cu legea. Acest recurs este organizat aproape în toate ordinile juridice ale Sistemului european[189]. Pe de altă parte, un recurs în constituţionalitate pentru a asigura conformitatea legii ordinare cu constituţia. Acest recurs constituţional[190] reprezintă mai curând excepţia pe Continent. Printre statele membre ale Comunităţii Economice Europene, numai Germania şi Italia îl cunosc[191]. Admiţând principiul superiorităţii legii constituţionale, numeroase ordini juridice nu au o procedură adecvată pentru a-l asigura în cazul în care o lege ordinară ar încălca o dispoziţie constituţională. Raportul ierarhic al izvoarelor legislative este sigur în ordinile juridice ale Sistemului european, chiar dacă reglementarea variază în detalii. Două exemple vor fi de ajuns pentru a demonstra acest lucru. În Germania, doctrina ierarhiei izvoarelor juridice[192] s-a dezvoltat pe baza Constituţiei de la Weimar. După ea, normele care emană din diverse izvoare juridice se integrează, cu un rang diferit, într-un fel de piramidă. După constituţia actuală a Republicii Federale Germania[193] ierarhia izvoarelor este stabilită în acelaşi mod. Legea constituţională se află în vârful piramidei. Legea ordinară trebuie să fie întotdeauna conformă

---

[189] Îndeosebi *Auby-Fromont*, loc. cit.

[190] A se vedea îndeosebi privirea de ansamblu dată de volumul **"Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart"**, citat mai sus. (A se vedea **supra**, Nr. 53, nota 89). A se vedea de asemenea expunerea excelentă a lui *Mauro Cappelletti*, **El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado** (Mexico 1966), şi versiunea italiană (revizuită şi adăugată): **Il controllo giudiziario di constituzionalità delle leggi nel diritto comparato** (Milano 1968).

[191] Este tocmai ceea ce complică problema existenţei şi a priorităţii dreptului comunitar în aceste ţări. A se vedea în acest sens: *Léontin-Jean Constantinesco*, **Las relaciones del derecho comunitario con el derecho de los Estados miembros de la C.E.E., Derecho de la integración** (Buenos Aires) 1968, Nr. 2, 50 şi urm.; *acelaşi*, **Effets et rang des traités et du droit communautaire en droit français**, Rivista di diritto europeo, 1968, 259 şi urm.; *acelaşi*, note sous Conseil d'Etat, 1. 3. 1968, **Syndicat général des fabricants de semoules de France**, EuR 1968, 318 şi urm.; *acelaşi*, **Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais**, RGDIP, 1969, 378 şi urm.; *acelaşi*, **L'introduction et le contrôle de la constitutionnalité des traités et en particulier des traités européens en droit allemand**, Revue belge de droit international, 1969, 425 şi urm. Pentru o privire de ansamblu, a se vedea de asemenea diversele rapoarte naţionale în *Treves*, **Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri** (Milano 1969).

[192] A se vedea îndeosebi *A. Hensel*, **Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs - und Landesgesetzgebung, Handbuch des deutschen Staatsrechts** (Tübingen 1930) II, § 84; *Ch. Böckenförde*, **Die sogennante Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze** (Berlin 1966) 30 cu bibliografie suplimentară.

[193] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949.

Constituţiei, căreia îi este inferioară. Ea este superioară regulamentelor administrative ce trebuie adoptate conform unei legi de autorizare potrivit articolului 80 din Constituţie. Ca să se asigure această ierarhie, şi mai ales conformitatea legii ordinare cu Constituţia, aceasta din urmă a creat Curtea Constituţională federală[194] înzestrată cu puterea de a tranşa în caz de conflict. Ea a precizat de asemenea condiţiile celor trei recursuri ce pun în acţiune controlul constituţionalităţii unei norme juridice[195].

Ierarhia izvoarelor de drept, căreia îi corespunde o ierarhie a puterilor, era clară în Franţa înainte de 1958. Superioritatea legii constituţionale nu era totuşi decât teoretic asigurată de vreme ce nu era prevăzut nici un control al constituţionalităţii legilor ordinare. Constituţia din 1958 a menţinut principiul ierarhiei izvoarelor dar, stabilind preponderenţa organelor de acţiune, adică a executivului, a răsturnat raporturile dintre legea ordinară şi regulamentul administrativ: pe de-o parte, domeniul rezervat legii a fost net delimitat[196]; pe de altă parte, puterea reglementară a devenit o competenţă de drept comun[197-198].

Superioritatea legii constituţionale este recunoscută şi asigurată în măsura redusă a controlului preventiv[199]. Vechea deosebire de natură dintre lege şi regulament a fost păstrată; o dată votată, legea este incontestabilă şi ireproşabilă. Nici regulamentul nu şi-a schimbat natura. Regulamentul adoptat în executarea unei legi este supus principiului şi *controlului legalităţii*. Dar chiar regulamentele *autonome* sunt supuse controlului *Consiliului de Stat*. Regulamentele *autonome* adoptate în cadrul articolului 37 scapă totuşi principiului legalităţii deoarece, prin definiţie, în acest domeniu nu există legi. Cu toate acestea, *Consiliul de*

---

[194] Art. 92 al Constituţiei.

[195] a) Controlul *abstract* al constituţionalităţii prevăzut de art. 93 alineatul 1 al constituţiei şi reglementat de paragrafele 76 şi următoarele din legea privind Curtea constituţională federală. b) Controlul *concret* al constituţionalităţii prevăzut de art. 100 al constituţiei şi reglementat de paragrafele 80 şi următoarele din legea privind Curtea constituţională federală. c) Recursul sau *cererea constituţională* (Verfassungsbeschwerde) din art. 93 alineat 1, Nr. 4 a al constituţiei şi din paragraful 90 din legea privind Curtea constituţională federală. Pentru o privire asupra problemei, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **L'introduction et le contrôle de la constitutionnalité des traités et en particulier des traités européens en droit allemand**, RBDI 1969, 444 şi urm.

[196] Art. 34 din constituţie.

[197] Art. 37 din constituţie.

[198] A se vedea din punct de vedere german: *Rupert Klisch*, **Gesetz und Verordnung in der Verfassung der 5. französischen Republik vom 4. Oktober 1958** (Berlin şi München 1971).

[199] Art. 41, 56-63 din constituţie.

Stat, respingând concepţia dualistă a puterii reglementare[200], a afirmat că era competent chiar pentru a analiza regulamente *autonome* care trebuie să respecte *principiile generale de drept*[201]. Astfel, piramida ierarhică este reconstituită.

Este evident că aceste deosebiri dintre sistemul german şi cel francez au o oarecare însemnătate. Alte deosebiri pot fi scoase la iveală în alte ordini juridice ale aceluiaşi Sistem. Totuşi, ele nu sunt de natură să modifice ierarhia izvoarelor de drept şi, printre ele, preponderenţa izvoarelor legislative, supuse de altfel unei ierarhii proprii, ce caracterizează ordinile juridice ale Sistemului european.

64. Poziţia cutumei şi a jurisprudenţei printre izvoarele de drept în Sistemul european

Codurile şi legile sunt cele care formează în acest Sistem principalul izvor de drept, deci izvorul care, comparat cu celelalte, ţinând seama de importanţa şi de volumul lui, se află în vârful ierarhiei. Celelalte izvoare nu sunt, în ordinile juridice continentale, decât izvoare secundare şi subsidiare. Cutuma[202] nu are decât un rol foarte limitat. Lucrul este foarte natural pentru că un sistem de drept codificat nu mai poate să lase să supravieţuiască cutuma ca izvor juridic fundamental. Orice cod abrogă izvoarele anterioare şi supune evoluţia juridică ulterioară legii care, în principiu, este singura autorizată să-l completeze sau să-l modifice. Nu trebuie deci să ne mirăm de rolul limitat sau precar pe care-l joacă cutuma pe Continent, ale cărui ordini juridice se caracterizează tocmai prin codificare. Dacă locul cutumei şi domeniul său sunt reglementate în ordinile juridice continentale în mod diferit, nu e mai puţin adevărat că, în amănunt, această reglementare este apropiată şi ea subliniază caracterul secundar, subsidiar, limitat şi excepţional al acestui izvor juridic. Dreptul francez a abolit[203] toate cutumele generale

---

[200] Concepţia dualistă făcea deosebire între regulamentele de aplicare a legilor şi regulamentele autonome prevăzute în art. 37 din constituţie.

[201] C.E. 26 iunie 1959. **Syndicat général des ingénieurs - conseils**, Rec. 394.

[202] Obiect de cercetare extrem de important în doctrina germană din secolul al 19-lea (a se vedea de exemplu lucrarea fundamentală a lui *Puchta*, **Das Gewohnheitsrecht**, Erlangen, vol. I, 1828; vol. II, 1837, care constituie punctul de plecare al unei mari controverse) şi, într-o măsură cu mult mai redusă, în doctrina franceză, cutuma, ca izvor de drept, şi-a pierdut aproape tot interesul în Sistemul nostru juridic. Pentru o privire de ansamblu, a se vedea, în ciuda vârstei lor, *Gény*, **La méthode d'interpretation**, I, 316 şi urm. şi *Lambert*, **La Fonction**, 111 şi urm.

[203] Art. 7 al legii din 30, luna VI, anul XII (31 martie 1804).

şi locale. Ele supravieţuiesc în cazuri rare şi excepţionale, în Codul civil[204] şi în uzanţele comerciale[205]. BGB-ul nu reglementează chestiunea, însă majoritatea autorilor sunt de acord să admită cutuma ca izvor posibil al dreptului[206].

Situaţia este mult mai complexă în cazul jurisprudenţei, a cărei întindere variază de la o ordine juridică la alta. Desigur, sarcina principală a tribunalelor este de a aplica legea şi de a o interpreta în scopul de a o aplica; dar, după cum s-a văzut, este imposibil să se reducă rolul lor la o aplicare automată a legii. Sub acoperirea aplicării şi îndeosebi a interpretării, tribunalele, într-un mod mai mult sau mai puţin deschis, în funcţie de ordinile juridice, participă în mod activ la acţiunea de evoluţie şi de elaborare a dreptului[207] . Astfel ele intervin nu numai pentru a aplica legea, ci de asemenea şi mai ales pentru a o extinde, completa sau chiar pentru a o modifica. Aşa cum s-a spus, jurisprudenţa umple lacunele legii, interpretează principiile generale şi precizează standardele. Dreptul francez cunoaşte numeroase cazuri în care, printr-o interpretare *deformantă*[208], ea face să progreseze dreptul, uneori nu numai dincolo de, ci contra textului de lege. Prin aceasta şi întrucât creează dreptul, ea este un adevărat izvor de drept. Cu o

---

[204] Codul civil însuşi trimite uneori la uzanţele comerciale ca, de pildă, art. 1873 C. civ. În unele cazuri, uzanţa capătă forţă legală deoarece ea este consacrată de legiuitor. Astfel, de pildă, legea din 6 mai 1919 privind *denumirile controlate* sau legile din 1966 şi din 17 martie 1931 privind uzanţele comerciale în materie de vânzarea mărfurilor.

[205] Totodată, unele uzanţe comerciale recunoscute de jurisprudenţă au căpătat un caracter imperativ. Astfel, solidaritatea prezumată între debitori (Cass. Req. 20 octombrie 1920, D. 1920. 1. 161) contrar dispoziţiilor art. 1202 C. civ., sau admiterea anatocismului în conturile bancare (Cass. Civ. 25 februarie 1930, D.H. 1930. 251) contrar termenilor art. 1154 C. civ. A se vedea în acest sens *Escarra* şi *Rault*, **Principes de droit commercial** (Paris 1934) I, Nr. 32-34.

[206] *Enneccerus-Nipperdey*, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil** (ed. a 15-a, Tübingen 1959) I § 32 II şi § 38; a se vedea de asemenea *H. Lange*, **BGB, Allgemeiner Teil** (ed. a 13-a, München 1970) 41 şi urm.; *Lehmann-Hübner*, **Allgemeiner Teil BGB** (ed. a 16-a, Berlin 1966) 21 şi urm. El dă ca exemplu *Vorbeugende Unterlassungsklage* dezvoltată de jurisdicţia lui *Reichsgericht* precum şi *Schadensgeneigte Arbeit* şi aplicarea § 823 al. 1 BGB pentru protecţia *räumlich-gegenständlichen Bereichs* al căsătoriei. A se vedea de asemenea *B. Rehfeldt*, **Die *Wurzelen des Rechts*** (Berlin, ed. 1, 1951) şi **Einführung in die Rechtswissenschaft** (ed. a 2-a, Berlin 1966) § 29; *M. Rümelin*, **Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründigung** (ed. 1, Tübingen 1929).

[207] Cea mai mare parte a impunătoarei opere a lui *Gény* urmăreşte să descopere principiile directoare ale interpretării legii. Din nefericire, el nu depăşeşte soluţia liberei cercetări ştiinţifice. A se vedea **Méthode d'interpretation**, II, 74 şi urm.; *J. Maury*, loc. cit.

[208] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Unterhaltsanspruch**, 99 şi urm. şi passim.

modestie admirabilă pentru cel ce era raportorul unuia dintre cele mai mari coduri şi cu un simţ al realităţilor prodigios, *Portalis* sublinia în raportul său la Codul Civil caracterul incomplet al Codului[209] şi rolul creator al jurisprudenţei[210]. "Judecătorii sunt chemaţi să completeze legile"[211]. Exegeţii sunt cei care nu au înţeles lecţia. De aceea, importanţa jurisprudenţei nu a fost recunoscută în Franţa decât dificil, târziu şi după ce iluzia potrivit căreia Codul cuprindea întreg dreptul s-a stins. Totuşi, de la începutul secolului în curs, toate lumea recunoaşte rolul creator al jurisprudenţei, fără să ignore diferenţele ce o separă de lege, ca izvor creator de drept. Hotărârile Curţii de Casaţie, mai cu seamă atunci când ea statuează în cadrul tuturor Camerelor reunite, au o mare autoritate. Ele hotărăsc sensul ce trebuie dat unui text de lege. Bineînţeles, revirimentele sunt oricând posibile. Deşi este un izvor important, jurisprudenţa rămâne unul secundar faţă de lege. Deciziile sale se limitează la speţă, chiar dacă prin aceasta se reglementează o serie întreagă de cazuri identice, câtă vreme nu se produce o schimbare de jurisprudenţă.

În Germania, rolul jurisprudenţei ca izvor creator de drept începe să fie examinat şi subliniat de doctrină mai ales după cel de-al doilea război mondial. Doctrina îşi pune întrebări acum asupra fundamentului, asupra limitelor şi condiţiilor rolului creator al jurisprudenţei. Desigur, nu trebuie să ne închipuim că până la această dată judecătorul german nu a fost decât un *Subsumptionsautomat*, ţintuit într-o misiune de strictă aplicare a legii şi lipsit de orice rol creator. Cea mai bună dovadă în privinţa aceasta este

---

[209] "De altfel, cum să fie înlănţuită acţiunea timpului? Cum să te împotriveşti cursului evenimentelor sau alunecării în jos pe nesimţite pe panta moravurilor? Cum să cunoşti şi să calculezi dinainte ceea ce numai experienţa poate să ne arate? Prevederea poate ea vreodată să se extindă asupra unor obiecte pe care gândirea nu le poate atinge? Un cod, oricât de complet ar putea să pară, abia crezi că l-ai încheiat, că mii de întrebări neaşteptate apar şi i se pun magistratului. Căci legile, odată redactate, rămân aşa cum au fost scrise. Oamenii, din contră, nu stau locului niciodată...". *Fenet*, **Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil** (Paris 1827) I, 469.

[210] "Noi îi lăsăm jurisprudenţei cazurile rare şi extraordinare, care n-ar putea intra în planul unei legislaţii rezonabile, detaliile prea variabile şi prea contencioase de care nu trebuie să se ocupe câtuşi de puţin legiuitorul, şi toate lucrurile pe care zadarnic ne-am sili să le prevedem, sau pe care o prevedere pripită nu le-ar putea defini fără pericol. *Experienţa va trebui să umple rând pe rând golurile pe care le lăsăm*. Codurile popoarelor se fac cu timpul; dar, la drept vorbind, nici nu sunt făcute". *Fenet*, I, 476.

[211] Pentru problema aceasta, în literatura germană, *Kantorowicz*, **Aus der Vorgeschichte der Freirechtsslehre** (Mannheim 1925) 22 şi urm.; *Bockelmann*, **Richter und Gesetz, Festschrift für Smend** (Göttingen 1952) 25.

consacrarea teoriei *positiven Vertragsverletzungen*[212] patru ani după intrarea în vigoare a BGB. În 1911, tribunalele consacrau repararea pagubei pricinuite de *culpa in contrahendo*. Recunoscând un drept de reparare pentru paguba pricinuită în timpul negocierilor şi înainte de încheierea (sau în afara oricărei încheieri) a contractului[213], jurisprudenţa întindea domeniul de aplicare a răspunderii contractuale, ca să remedieze defectele sistemului legal al răspunderii delictuale[214]. Consacrând teoria impreviziunii (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) în materie civilă, după cel dintâi război mondial[215], jurisprudenţa germană făcea un pas pe care, din 1870[216], tribunalele civile franceze n-au îndrăznit niciodată să-l facă. Exemplele sunt numeroase[217] şi nu se mărginesc doar la domeniul dreptului civil. Doctrina, preocupată să găsească remedii nevoilor vieţii practice, le-a acceptat şi încurajat fără să-şi pună problema de a şti dacă echilibrul dintre legislativ şi judiciar era stricat, şi fără să se întrebe prea mult asupra rolului creator al jurisprudenţei. Totuşi, după cel de-al doilea război mondial, intervenţiile creatoare ale jurisprudenţei au devenit mai îndrăzneţe. Nu avem decât să citãm recunoaşterea, ca principiu general, a unei reparaţii pecuniare pentru pagubele imateriale rezultând din atingerile aduse personalităţii, împotriva paragrafelor 847 şi 253 BGB[218] sau admiterea, înainte de modificarea § 644 ZPO, a unei *Abstammungsklage im Statusverfahren* a copilului din afara căsătoriei[219]. De atunci, în doctrina germană s-a stârnit o mare discuţie[220] privind rolul creator, fundamentul şi limitele acţiunii jurisprudenţei ca izvor creator de drept.

---

[212] A se vedea **supra şi infra**, Nr. 122 b, nota 32.

[213] RGZ 78, 239.

[214] Pentru această problemă, a se vedea în literatura franceză: *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 73 şi passim.

[215] RGZ 100, 103; 158, 175; 166, 40; BGHZ 7, 346; 317; 40, 334; BGH, NJW 1953, 1585; 1959, 2203; 1962, 2147; 1966, 448.

[216] Hotărârea **Craponne**, Cass. Civ. 6 martie 1876, D. 1876. 1. 193.

[217] A se vedea în acest sens exemplele date de *Larenz*, **Wegweiser zur richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift für A. Nikisch** (Tübingen 1958) 275 şi urm.; *Flume*, **Richterrecht im Steuerrecht**, StbJ 1964/65, 55 şi urm. şi de *Hans Joachim Hirsch*, **Richterrecht und Gesetzesrecht**, JR, 1966, 334 şi urm. cu referinţe complementare.

[218] BGHZ 26, 349; 35, 363; 39, 124.

[219] BGHZ 5, 385.

[220] A se vedea îndeosebi autorii citaţi mai sus (nota 217) şi *Esser*, **(Grundsatz und Norm)** a cărui lucrare constituie o contribuţie importantă la teoria izvoarelor. *Wieacker*, **Gesetz und Richterkunst** (Karlsruhe 1958); *Weinkauf*, **Richertum und Rechtsfindung in Deutschland** (Tübingen 1952); *acelaşi*, **Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes**, NJW 1960, 1689; *Bachof*, **Grundgesetz und Richtermacht** (Tübingen 1959); *Erwin Stein*, **Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung**, NJW 1964, 1745; etc.

Desigur, există încă între dreptul francez şi dreptul german diferenţe privind funcţia jurisprudenţei sau dreptul de control al Curţii de Casaţie şi al *Bundesgerichtshof.* Diferenţe asemănătoare apar în acest domeniu între alte ordini juridice ale Sistemului continental.

Dar oricare ar fi aceste diferenţe, trebuie să admitem că însemnătatea lor este secundară. Luate ca atare, ele nu pot nici să anuleze, nici să ştirbească unitatea profundă ce leagă ordinile juridice ale Sistemului continental în această materie. Unitatea aceasta se manifestă prin faptul că izvoarele şi ierarhia lor sunt aceleaşi în ordinile juridice făcând parte din Sistemul continental; acest element determinant le este comun. De aceea, comparatistul care face parte dintr-o ordine juridică continentală şi care vrea să studieze un termen de comparat care face parte dintr-o altă ordine juridică continentală nu va avea mari greutăţi ca să învingă în acest domeniu.

65. Privire asupra ierarhiei izvoarelor de drept în Sistemul anglo-american

Cu totul altul este tabloul referitor la ierarhia izvoarelor pe care Sistemul anglo-american îl oferă comparatistului şi pe care nicidecum nu-i vorba să-l reluăm aici[221]. Izvorul principal nu este legea, ci *Common*

[221] Lăsând de o parte lucrările engleze, consacrate izvoarelor dreptului englez (a se vedea **supra**, Nr. 53, nota 114) sau teoriei generale a izvoarelor şi care comportă largi dezvoltări comparative sau privesc izvoarele dreptului continental (cartea lui *Carleton Kemp Allen*, **Law in the Making**, este o contribuţie clasică la metoda generală a izvoarelor făcută într-o perspectivă comparatistă) şi fără a pretinde că oferim o privire completă, trebuie să citäm, printre principalele studii comparative făcute în acest scop: *Lévy-Ullmann*, cu trimiteri suplimentare dedicate în întregime expunerii şi analizei izvoarelor dreptului englez; *Walton* şi *Amos*, **Introduction to French Law**; *Gutteridge* (104-152) cu trimiteri suplimentare (expunere comparativă a izvoarelor juridice continentale, văzută din perspectiva juristului englez); *R. David* (**Introduction**, 92-220) expune şi analizează în mod comparativ izvoarele juridice engleze, dintr-un punct de vedere continental; *Gutteridge* (**Comparative Law and the Law of Nations**, BYolL, 1944, 1-10) tratează - oarecum în trecere - de asemenea problemele izvoarelor din *Common Law* şi din *Civil Law*, pentru dreptul internaţional public; *Lawson* (**A Common Lawyer looks at the Civil Law**, 44-90) expunere a izvoarelor juridice în dreptul continental văzută din perspectiva unui jurist englez; *A.B. Schwarz*, **Das englische Recht und seine Quellen** în: **Zivilgesetze der Gegenwart** (Berlin 1931) 1 şi urm.; *Hans Goldschmidt*, **English Law from the Foreign Standpoint** (London 1937); *H.A. Smith*, **Interpretation in English and Continental Law**, JoCL (seria a 3-a, IX, 1927) 153; *Lipstein*, **Doctrine of Precedent in Continental Law**, JoCL 1946 (seria a 3-a) 34; *Cohn*, **Precedents in Continental Law**, CamLJ V (1935) 336; *Arminjon-Nolde-Wolff*, II, 491-546 cu trimiteri suplimentare; opusculul lui *Blumenwitz* este dedicat problemei izvoarelor.

Law, deci ansamblul regulilor de drept elaborate de tribunalele regale de-a lungul timpurilor[222]. *Equity* constituie de asemenea un ansamblu de reguli elaborate judiciar, însă al căror volum este mult mai redus[223]. Existenţa sa o presupune pe cea a *Common Law*-ului, faţă de care nu este decât un adaos explicabil prin raţiuni de natură istorică, proprii istoriei dreptului englez. La rândul său, *Statute Law*, în ciuda marelui său progres cantitativ începând cu secolul al 19-lea şi mai ales în ultimele decenii, continuă să fie considerat ca un izvor mai curând secundar[224]. Astfel, cu toate asemănările desprinse şi care se referă mai degrabă la unele puncte de detaliu, în ciuda faptului că adesea nu se ajunge la compararea celor două Sisteme[225], ierarhia izvoarelor în Sistemul anglo-american[226] nu numai că nu este aceeaşi, ci ea se deosebeşte fundamental de cea de pe continent.

66. Ierarhia izvoarelor este un element determinant care se răsfrânge asupra metodei comparative

Scopul acestor scurte indicaţii este întreit. Pe de o parte, să sublinieze faptul că, în cadrul ordinilor juridice făcând parte din acelaşi Sistem juridic, ierarhia izvoarelor de drept poate varia, dar variaţiile sunt de grad şi nu de natură. Pe de altă parte, să arate că ierarhia izvoarelor juridice variază profund de la un Sistem la altul. În sfârşit, să precizeze că, din cauză chiar că ea nu este aceeaşi, totdeauna şi pretutindeni, ierarhia izvoarelor are o importanţă esenţială pentru aplicarea corectă a metodei comparative. Ca să ajungă la o cunoaştere exactă a termenului de comparat, comparatistul trebuie să ţină seamă că ierarhia şi concursul izvoarelor juridice în elaborarea normei juridice variază uşor de la o ordine juridică la alta, în cadrul aceluiaşi Sistem, şi în mod fundamental de la un Sistem la altul. Orice comparatist ce pătrunde într-un alt Sistem juridic pătrunde într-o lume nouă, diferită de a sa, şi aceasta oricare ar fi asemănările ce se pot manifesta asupra a numeroase puncte şi elemente fungibile. Comparatistul trebuie să ştie

---

[222] În afara autorilor citaţi la Nr. 53, nota 114, a se vedea *David*, **Introduction**, 124-172; *Ancel*, op. cit.; *Lévy-Ullmann*, 53-334 şi autorii pe care ei îi citează aici. Pentru diferenţe între dreptul judiciar englez şi american, a se vedea *Blumenwitz*, loc. cit. şi *Rheinstein*, **Die Rechsthonorationen und ihr Eifluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung**, RabelsZ 34 (1970) şi urm.

[223] *David*, **Introduction**, 174-200; *Lévy-Ullmann*, 431-564.

[224] *David*, **Introduction**, 99-118.

[225] *Lawson*, 83, 86.

[226] *A. şi S. Tunc*, **Le système constitutionnel des Etats-Unis** (Paris 1954) şi **Sources et Technique du droit des Etats-Unis d'Amérique** (Paris 1955).

că are de a face cu un element cu adevărat caracteristic al Sistemului respectiv şi că orice studiu corect al termenului de comparat într-o ordine juridică străină îl obligă să respecte ierarhia izvoarelor acestei ordini de drept. Astfel, comparatistul respectă regula metodologică fundamentală care este aceea de a proceda în fiecare ordine juridică precum juriştii naţionali.

Ierarhia izvoarelor caracterizează fiecare Sistem, diferenţiindu-l de celelalte; ea constituie un element determinant. Constatarea aceasta aduce de asemenea un răspuns la întrebarea pusă: ca element determinant, ierarhia izvoarelor variază de la o ordine juridică la alta mai ales asupra unor puncte de amănunt; ea variază profund şi în întregime de la un Sistem la altul. Aici se poate vedea de asemenea apărând interferenţa Ştiinţei dreptului comparat cu metoda comparativă. Într-adevăr, această observaţie preţioasă îi este oferită metodei comparative de Ştiinţa dreptului comparat. Fără a cunoaşte principiul că ierarhia izvoarelor constituie un element determinant care variază în mod fundamental de la un Sistem la altul, comparatistul ar risca să comită erori în aplicarea metodei comparative. În calitate de element determinant, ierarhia izvoarelor este legată de ideea de drept, de elaborarea acestuia, de rolul Statului în elaborarea dreptului şi în împărţirea şi administrarea justiţiei. Este aşadar unul din punctele ce exprimă una din caracteristicile fundamentale ale Sistemului avut în vedere.

Secţiunea a VII-a

A CINCEA REGULĂ METODOLOGICĂ

67. A INTERPRETA TERMENUL DE COMPARAT DUPĂ METODA CARACTERISTICĂ ORDINII JURIDICE CĂREIA ÎI APARŢINE

Perspectiva unei instituţii juridice este relativă, fiind specifică ordinii juridice precum şi epocii în care ea este aplicată. Ca să fie înţeleasă, ea trebuie să fie interpretată cu metoda şi potrivit spiritului specific al spaţiului şi epocii juridice respective. Totuşi, fără să-şi dea seama, juriştii sunt tentaţi să interpreteze reguli juridice străine, nu după metoda ordinii juridice din care ele fac parte, ci după metoda propriei lor ordini de drept.

Interpretând instituţii aparţinând *popoarelor primitive* în spiritul şi cu mentalitatea oamenilor *civilizaţi*, comparatiştii care se ocupau de etnologia juridică au ajuns la rezultate greşite. În mod inconştient,

aceşti comparatişti le-au atribuit motivări, obiective şi reacţii juridice conforme spiritului şi mentalităţii lor, şi nu mentalităţii lumii spirituale în care trăiau popoarele studiate.

Greşeala aceasta a fost săvârşită şi de istorici ai dreptului, care au interpretat textele şi regulile juridice ale popoarelor vechi după metoda, spiritul şi mentalitatea juridică dominante în ordinea juridică a comparatistului. Chiar comparatiştii care fac drept comparat orizontal şi actual nu sunt la adăpost de această greşeală. Pentru comparatistul occidental, ar fi o eroare să vrea să interpreteze ordinile juridice ale Sistemului *socialist* sau islamic după metodele de interpretare ale ordinilor juridice continentale. În fond, Islamul nu desparte dispoziţia juridică de regula morală şi de prescripţia religioasă. Înţelegem cu uşurinţă rezultatele la care au putut să ajungă juriştii europeni atunci când au interpretat această ordine de drept încă intim legată de religie şi care nu distinge totdeauna *ius* de *fas* cu spiritul lor obişnuit cu un drept laicizat şi constituind o ramură distinctă şi autonomă. De aceea, alegerea metodei potrivit căreia trebuie să fie interpretaţi termenii de comparat străini constituie o problemă capitală pentru metoda comparativă. Orice studiu comparativ şi orice cunoaştere a unui termen de comparat străin va ajunge mai curând sau mai târziu la problema interpretării. Problema ce se pune atunci este de a şti ce metodă de interpretare trebuie să aplice comparatistul care vrea să examineze un termen de comparat străin. Dacă se admite faptul că obiectivul comparatistului în timpul acestei faze este să ajungă la cunoaşterea cea mai completă şi cea mai exactă a termenului de comparat, trebuie în mod necesar să postulăm că metoda de interpretare juridică trebuie să fie tocmai aceea folosită de juriştii naţionali pentru a examina aceeaşi problemă. Căci numai aplicând metoda de interpretare proprie ordinii juridice respective se poate cunoaşte structura şi funcţia exactă a termenului de comparat precum şi modul în care ordinea juridică respectivă le concepe.

Această regulă metodologică pare şi ea o banalitate. Totuşi, abia încetul cu încetul s-a înţeles că nu există o metodă de interpretare universal valabilă, care să permită interpretarea indiferent cărei ordini juridice după o singură metodă, tot astfel cum nici metoda comparativă nu este o metodă universală de interpretare[227]. Abia târziu juriştii şi-au dat seama că metoda de interpretare era o tehnică proprie şi specifică

[227] A se vedea totuşi *Zweigert* (**Rechtsvergleichung als universale Interpretations methode**), care propune utilizarea metodei comparative pentru a umple lacunele dreptului naţional, dar nu arată în ce măsură metoda aceasta este posibilă şi universală. Oricum, este sigur că tribunalele sovietice nu vor folosi compararea cu ordinile juridice *burgheze* pentru a umple lacunele legale, presupunând că ele se consideră în drept să dezvolte această activitate jurisprudenţială. Contrariul este tot atât de adevărat. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 121.

ordinii juridice[228], sau, cel puţin, Sistemului juridic avut în vedere. Dacă dreptul este interpretat pretutindeni, metoda acestei interpretări nu este neapărat aceeaşi.

După cum afirmă *David*[229], comparatistul "nu trebuie să considere ca pe o valoare universală procedeele tehnice de cercetare şi de interpretare cu care este obişnuit. A acţiona altfel e ca şi cum ai vrea să deschizi toate uşile cu aceeaşi cheie". De altfel, nici metoda de interpretare a propriei ordini juridice, nici *oricare alta*, nu au o valoare universală.

De fapt, metoda de interpretare a fiecărei ordini juridice îşi are particularităţile ei. Valoarea dată literei textului şi noţiunilor şi categoriilor sale generale, precum şi voinţei legiuitorului şi lucrărilor pregătitoare, sau intereselor părţilor sau hotărârilor judiciare, sau în cele din urmă raţiunii, obiectivului legii precum şi consideraţiilor de valoare şi de echitate variază nu numai de la o ordine juridică la alta, dar şi, în interiorul aceleiaşi ordini juridice, de la o perioadă la alta. Metoda de interpretare nu este aceeaşi în Marea Britanie şi pe Continent. Rolul legii în acest caz nu este acelaşi deşi activitatea legislativă a devenit aici tot atât de intensă ca pe Continent[230]. Ea este superioară nu numai prin cantitate, dar şi prin importanţă. Principalele reforme juridice nu mai sunt realizate prin deciziile judiciare ci prin legi[231]. Totodată, ideea

---

[228] În 1905, *Radbruch* (**Uber die Methode der Rechtsvergleichung**, 425) scria: "Wir dürfen uns somit nicht begnügen, die fremden Gesetzestexte nach bestem Können selbst auszulegen, müssen vielmehr erkunden, wie sie in ihrem Heimatstaate ausgelegt werden".

[229] *David*, **Traité**, 12, 30 şi urm. şi passim. În acelaşi sens, *Fontana*, 106.

[230] Drept distinct în el însuşi, *Statute Law* apare câteodată ca un drept rival. *Common Law* s-a aliat cu Parlamentul sub ameninţarea absolutistă a dinastiei *Stuart*. Dar în această epocă deja, legea care corectează tehnicitatea din ce în ce mai mare a lui *Common Law* are, faţă de aceasta, un caracter derogatoriu. "Toate statutele care restrâng Comen ley sunt *stricti juris*". Y. B. de Edouard III citat de *Holdsworth*, **A History of English Law**, II, 433. Pentru o expunere mai amplă, a se vedea de asemenea *Lévy-Ullmann*, 337-427 (îndeosebi 358 şi urm.).

[231] Caracteristica tradiţională a dreptului englez, cea de drept nescris (de fapt, necodificat), este de un secol din ce în ce mai atacată. Echilibrul între dreptul nescris şi cel scris este rupt în numeroase domenii dacă nu în favoarea codurilor generale, cel puţin în aceea a legilor complete, un fel de coduri parţiale, introduse din ce în ce mai des. Această practică datează deja din secolul trecut; printre exemplele cele mai cunoscute putem cita: **Merchant Shipping Act**, 1854; **Bills of Exchange Act**, 1882; **Sale of Goods Act**, 1893; **Bankruptcy Act**, 1914; **Partnership Act**, 1890. Totuşi, mişcarea nu a făcut decât să se accelereze şi să se lărgească. Să citäm cu titlu de exemplu câteva legi mai recente în materii care, după categoriile noastre, se referă la dreptul familiei: **Guardianship of Infants Act**, 1925, **Affiliation Proceedings Act**, 1957; **National Assistance Act**, 1948; **Children and Young Persons Act**, 1933; **Children Act**, 1948; **Maintenance Orders (Facilities for Enforcement) Act**, 1920; **Maintenance Orders Act**, 1950; **Maintenance Orders Act**, 1958; **Matrimonial Causes Act**, 1950; **Matrimonial Causes Rules**, 1959; **Matrimonial Causes Act**, 1965; **Matrimonial Causes (Property and Maintenance)**

tradiţională că legea nu este decât un izvor secundar, al cărui scop este mai curând de a corecta şi completa dreptul decât de a-l crea, nu a fost încă în întregime înlăturată. Aceasta explică metoda de interpretare proprie lui *Statute Law*[232] şi îndeosebi regulile potrivit cărora legea trebuie să fie interpretată restrictiv şi respectată în litera ei. Semnificaţia sa trebuie scoasă din litera şi nu din spiritul legii, din lucrările pregătitoare sau din intenţia legiuitorului.

Regula precedentului acţionează într-un mod total diferit pe Continent[233] şi în Marea Britanie. Importanţa sa esenţială pentru elaborarea dreptului englez nu împiedică faptul potrivit căruia construcţia ei este de natură jurisprudenţială[234] iar condiţiile de aplicare şi efectele ei au variat în funcţie de epocă[235].

Deosebiri între metodele de interpretare sau între rolurile atribuite hotărârilor judecătoreşti apar chiar între ordini juridice care, în acest domeniu, sunt foarte apropiate. Astfel, hotărârile Curţii de Casaţie, cu toate Camerele reunite, sau ale *Grosser Senat* al *Bundesgerichtshof* au mai multă importanţă decât celelalte decizii ale aceloraşi instanţe.

Aceste particularităţi pot fi de ordin general sau de ordin special, pot să se refere la o instituţie sau la o perioadă dată. Un reviriment de

---

Act, 1958; **Family Provision Act**, 1966; **Matrimonial Proceedings (Magistrates Courts) Act**, 1960; etc., etc. Şi aceste legi sunt departe de a codifica pur şi simplu hotărârile jurisprudenţei.

[232] Această tehnică de interpretare specifică lui *Statute Law* în Anglia începe prin a desprinde acea *Mischief Rule*, se sprijină pe *literal interpretation* şi acceptă *regula de aur* (*Golden Rule*) ca să elimine contradicţiile din textul legii. În Statele Unite, interpretarea legilor este realizată în mod deosebit. Pentru un rezumat făcut pentru juriştii continentali, a se vedea: *A.* şi *S. Tunc*, I, 263 şi urm.; *David*, **Introduction**, 99-118.

[233] Pentru un rezumat comparativ între dreptul englez şi cel francez în această materie, a se vedea *David*, **Introduction**, 142-154. A se vedea de asemenea *Goodhart*, **Le précédent en droit anglais et continental**, Annuaire de l'Institut international de la philosophie du droit et de la sociologie juridique (1934/35) 37 şi urm.

[234] Cercetările privind regula precedentului sunt de dată relativ recentă. Singurul lucru care, în 1925, părea sigur, deşi controversat încă, era faptul că - după *Winfield* (149 şi urm.) - în perioada acoperită de colecţia *Year Books* (sfârşitul secolului XIII până în prima treime a secolului XVI) citarea precedentelor este excepţională. Folosirea citatelor s-a multiplicat abia după aceea. De fapt, teoria *stare decisis*, care presupune un sistem judiciar trainic stabilit şi publicarea hotărârilor judecătoreşti, s-a făurit încetul cu încetul începând de la sfârşitul secolului al 18-lea. Pentru literatura engleză, americană, germană şi comparată despre acest subiect a se vedea *Blumenwitz*, 23. Adde *Halsbury's* **Laws of England** (London, ed. a 3-a, 1958) XXII, 796 şi urm. ; *A.* şi *S. Tunc*, I, 105 şi urm.

[235] Astfel, de exemplu, începând cu mijlocul secolului al 19-lea *House of Lords* se considera legată prin propriile sale hotărâri, ceea ce producea inconveniente vădite. *House of Lords* a abandonat în 1966 această poziţie (a se vedea declaraţia Lordului Cancelar din 26.07.1966, 1966, 3 All E.R. 77).

jurisprudenţă poate duce la o interpretare a regulii juridice exact contrară celei practicate până atunci. De aceea trebuie să mergem mai departe şi să postulăm că, pentru cunoaşterea termenului de comparat, comparatistul trebuie să folosească metoda de interpretare pe care tribunalele ordinii juridice avute în vedere au utilizat-o ca să interpreteze chiar termenul de comparat în perioada de studiu. Aceasta explică de asemenea de ce trebuie să ne folosim numai de sursele originare. Într-adevăr, se poate ca din motive de ordin politic sau economic, explicabile în cadrul epocii şi al ordinii juridice date, tribunalele să încalce, pentru instituţia ce formează termenul de comparat, regulile lor obişnuite de interpretare sau să schimbe pur şi simplu soluţia lor anterioară. Ceea ce contează în această fază al cărei scop este cunoaşterea termenului de comparat este mai puţin metoda de interpretare în ea însăşi decât modul în care tribunalele au interpretat instituţia sau regula juridică ce formează termenul de comparat.

A crede că există o metodă de interpretare *universală* sau *logică* şi care este chiar prin aceasta în stare să fie aplicată tuturor ordinilor juridice înseamnă să se falsifice cunoaşterea ordinilor juridice străine.

68. Exemplu de interpretare logică, dar abstractă şi falsă, a unui text străin

Fiindcă regula aceasta metodologică nu s-a desprins decât anevoie unii jurişti, nu de mult şi chiar în prezent, cred că pot cunoaşte o regulă de drept străină interpretând-o după metoda propriei lor ordini juridice, sau în mod *abstract sau logic.* Foarte adesea, textele de drept străin sunt atât de clare încât interpretarea lor i se pare comparatistului o simplă chestiune de bun simţ sau de *logică elementară*[236]. Şi totuşi, este o greşeală să te încrezi în aparenţe. Chiar *logica juridică* este relativă şi se poate tocmai ca, asupra unui punct precis, ordinea juridică respectivă să dea textului o altă semnificaţie decât aceea care i se pare comparatistului *singura posibilă* sau *singura logică.*

Un exemplu poate ilustra mai bine acest pericol. Constituţia franceză pare să asigure prioritatea dreptului comunitar, chiar dacă nu într-un mod atât de complet şi de sigur ca dreptul olandez[237]. Sistemul francez are avantajul de a da problemei o soluţie de drept pozitiv, stabilind în

[236] Teoria actului clar aplicată interpretării textelor de drept străin se explică prin această idee.

[237] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco,* **Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais,** RGDIP 1969, 378 şi urm.

mod clar principiul superiorităţii tratatelor faţă de legile naţionale simple[238]. În chip firesc, însă interpretând acest text în mod abstract şi nu după metoda franceză şi în cadrul dreptului francez, doctrina tuturor celorlalte state membre ale CEE a tras de aici concluzia că prioritatea tratatelor ce instituie Comunităţile Europene faţă de legile ordinare ulterioare era asigurată. Şi totuşi, într-o hotărâre din 1968, privind un litigiu ce căpăta forma unui conflict între un regulament comunitar şi o lege naţională posterioară, Consiliul de Stat[239] a decis, în mod discret şi fără să invoce măcar articolul 55 al Constituţiei, în favoarea legii naţionale ulterioare[240].

Oricât de apropiate ar fi metodele de interpretare ale ordinilor juridice europene şi oricât de legitimă ar fi fost, potrivit unei logici juridice abstracte şi doar pe temeiul textului, interpretarea dată de juriştii celorlalte state membre ale Comunităţii articolului 55 al Constituţiei franceze, aceasta era totuşi falsă. Acest mic exemplu arată pericolul ce-l paşte pe comparatist atunci când interpretează un text străin în mod abstract şi diferit de tribunalele ordinii juridice respective.

69. Privire asupra variaţiilor din metoda de interpretare în Germania şi în Franţa

O scurtă privire asupra metodei de interpretare poate să arate cât poate varia aceasta în cadrul aceleiaşi ordini juridice şi cât de deosebită poate fi între ordini juridice care fac parte din acelaşi Sistem. În ciuda asemănărilor lor, care sunt multiple şi profunde, există între metoda de interpretare în dreptul german şi în dreptul francez numeroase diferenţe. Un studiu comparativ[241] despre evoluţia metodei de interpre-

---

[238] Articolul 55 al Constituţiei din 1958 dispune că: "Tratatele sau acordurile ratificate sau aprobate în mod legal au, din momentul publicării lor, o autoritate superioară celei a legilor, sub rezerva, pentru fiecare acord sau tratat, a aplicării sale de către cealaltă parte".

[239] C.E. 1 martie 1968, D. 1968, 286, nota M.L.

[240] În ceea ce priveşte ansamblul problemei priorităţii dreptului comunitar în dreptul francez, a se vedea îndeosebi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Effets et rang des traités et du droit communautaire en droit français**, Rivista di diritto europeo, 1968, 259 şi urm. şi *acelaşi*, Comentarea hotărârii citate în nota precedentă, în EuR 1968, 317 şi urm. A se vedea totuşi poziţia mai recentă a camerei penale a Curţii de Casaţie, în cadrul unui litigiu privind art. 55 din constituţie şi dreptul comunitar: Crim. 27 oct. 1970, J.T. 1971, 21 = CDE 1971, 356 şi urm., nota *Hélène Gaudemet-Tallon* şi *Denis Tallon*. Jurisprudenţa cea mai recentă, favorabilă principiului superiorităţii dreptul comunitar, se bazează pe art. 55 din constituţie.

[241] Care rămâne de făcut.

tare în cele două ordini juridice[242] ar lumina mai mult concepţia mai coerentă din punct de vedere dogmatic şi mai raţională a dreptului german faţă de poziţia jurisprudenţei franceze, mai curând pragmatică şi preocupată mai ales să ţină seamă de nevoile practice.

Observaţia potrivit căreia *istorismul* şi *raţionalismul* sunt componentele ştiinţei juridice a secolului al 19-lea[243] trebuie să fie corectată în privinţa Franţei, înlocuind istorismul cu pozitivismul. În primele trei sferturi ale secolului al 19-lea, ştiinţa juridică şi jurisprudenţa au fost dominate de codurile care au asigurat în acelaşi timp baza pozitivismului, dogma imobilismului legii şi iluzia caracterului lor complet. Cea mai bună expresie a acestei situaţii ca şi a concepţiei din care ea rezulta este şcoala exegeţilor, oficial dominantă în Franţa până în ultimul sfert al secolului trecut. Întemeiată după intrarea în vigoare a codului de către *Merlin*, *Toullier* şi *Prudhon*, ea îşi va găsi mai târziu principalii reprezentanţi în *Demolombe*, în *Laurent* şi, într-o oarecare măsură, chiar în *Aubry* şi *Rau*.

Pentru ea[244] întreg dreptul se afla în codul care trebuia studiat *în sine şi pentru sine*, deci în afara dezvoltării istorice din care provenise şi fără referinţă la mediul social pentru care fusese conceput[245]. Orice soluţie trebuia extrasă prin urmare direct din cod. Este ruptura completă dintre drept, promovat la rangul de abstracţie logică, şi fundamentul său social şi economic. Interpretarea devine o dialectică subtilă, care evoluează în chip geometric, în armonia logică a ideilor, dar departe de realitatea socio-economică[246]. Totuşi, şcoala aceasta nu este omogenă, diverse curente manifestându-se. Cu *Aubry* şi *Rau*[247], care au început prin a traduce pur şi simplu Tratatul pe care *Zacharie* îl consacrase Codului Civil, aplicabil pe malul stâng al Rinului, expunerea devine sistematică, ceea ce aduce o schimbare în stilul expunerii în Franţa. Însăşi prin

---

[242] În momentul de faţă, echivalentul cărţii lui *Larenz* (**Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, ed. a 2-a, Berlin-Heidelberg 1969) pentru dreptul francez lipseşte.

[243] *Larenz*, 31 şi urm.

[244] În vederea unei priviri de ansamblu ca şi pentru expunerea diverselor curente, a se vedea îndeosebi autorii citaţi la nr. 54, nota 105. Adde *Gény*, **Méthode d'interprétation**, I şi părerea critică a lui *Lambert*, **La Fonction**, 16 şi urm.

[245] *E. Gaudemet*, 18.

[246] *Gény*, **Méthode d'interprétation**, I, 124 şi urm. În ceea ce priveşte încercările de depăşire a imobilismului ce rezulta din *fetişismul legal* şi din respectul hieratic pentru trecut, pentru aportul lui *Jourdan*, a se vedea *E. Gaudemet*, 28.

[247] Pentru această problemă, a se vedea *G. Boehmer*, **Der Einfluss des Code civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland**, AcP 1951, 289 = raportul său, Lucrări ale Săptămânii internaţionale de Drept, Paris 1950, **L'influence du Code civil dans le monde** (Paris 1954) 572 şi urm.

aceasta, indirect, o oarecare influenţă a pandectiştilor se manifestă asupra ştiinţei juridice franceze. Începând cu ediţia a treia[248], lucrarea lui *Aubry* şi *Rau* încetează de a fi o traducere pentru a deveni o operă originală. Totodată, prin importanţa exagerată acordată elementului legal, prin abuzul de abstracţii logice şi prin interpretarea care merge cel mult în căutarea intenţiei legiuitorului, ei rămân în făgaşul şcolii clasice[249]. Metoda exegetică constituie de asemenea un articol de export, deoarece ea s-a răspândit în acelaşi timp cu Codul civil. O găsim în Italia şi în Spania după adoptarea codurilor larg inspirate de Codul civil francez[250], dar şi în Austria după intrarea în vigoare a ABGB-ului[251].

În elementele sale fundamentale, această metodă nu este alta decât aceea pe care ştiinţa juridică germană o numeşte *formelle Begriffsjurisprudenz* şi care, în aceeaşi epocă, se foloseşte în Germania. *Puchta*[252] este cel care a înfiinţat-o, abandonând concepţia organică a instituţiilor juridice propusă de *Savigny* şi înlocuind-o cu ideea că noţiunile juridice se formează în mod abstract printr-un procedeu logico-deductiv[253]. În cele două ţări, ştiinţa juridică pleca de la premisa unităţii ordinii juridice şi proceda în mod deductiv, folosind regulile logicii formale, ca să ajungă la un eşafodaj de silogisme (*Begriffspyramide*) care formează un sistem închis în el însuşi şi trăindu-şi viaţa proprie.

În Germania, unde dreptul nu era încă închis într-un Cod, se deduceau soluţiile dintr-un univers de noţiuni juridice având o existenţă într-un fel autonomă; mai pozitivistă, întrucât se întemeia pe un drept

---

[248] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 37.

[249] *E. Gaudemet*, 54.

[250] A se vedea în acest sens *Lambert*, **La Fonction**, 58 şi urm. cu bibliografie suplimentară.

[251] În realitate, această metodă constituie un fenomen inerent elaborării oricărui cod nou care determină aceleaşi iluzii şi face, pentru câtva timp, din juriştii promotorii acestei metode. Pe de altă parte, această metodă ajunge să izoleze ştiinţa juridică respectivă. Experienţa a fost făcută de la ABGB până la BGB. Primul care a observat această regulă a evoluţiei pare să fi fost *Unger* (**Uber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches**, Jahrbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 1, 1855, 353) citat de *Gény* (**Méthode d'interpretation**, I, 22) care este de aceeaşi părere. A se vedea de asemenea *Lambert*, **La Fonction**, 61 şi urm. şi *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode**, 6; *Genzmer*, 333.

[252] *Wieacker*, 400 şi urm.; *Larenz*, **Methodenlehre**, 19.

[253] Doctrina germană (*Koschaker*, 278 şi urm.; *Wieacker*, 373, 400 şi passim; *Larenz*, **Methodenlehre**, 22) este de acord să găsească fundamentul procedeului în raţionalismul secolului al 18-lea, şi mai ales în sistemul de gândire al lui *Christian Wolff*. În Franţa, fundamentul procedeului se află în credinţa că întreg dreptul se găseşte în Cod şi în unitatea logică a acestuia.

încremenit în forma unei codificări generale, doctrina franceză căuta sensul juridic solicitând textele, graţie unei analize gramaticale şi literale, completată de deducţii ale unei logici geometrice. Ca să rezolve cazurile practice, ştiinţa juridică nu înţelegea să apeleze nici la spiritul textului, nici la raţiunea legii şi cu atât mai puţin încă la nevoile socio-economice. Astfel, în timpul aceleiaşi perioade, în cele două ţări, ştiinţa juridică, lăsată în voia formalismului, a evoluat într-o lume abstractă şi străină oricărei realităţi sociale, economice şi politice[254].

Reacţia împotriva acestei metode de interpretare va porni din Germania. Deja, începând cu ultimul volum din *Geist des römischen Rechts* şi îndeosebi în a doua parte a operei sale, *Jhering*[255] a condamnat cu o forţă deosebită folosirea abuzivă a logicii formale care făcea dreptul să treacă alături de realitatea socială; el a denunţat importanţa exagerată atribuită elementului logic în drept; a condamnat construcţiile geometrice rezultând din speculaţia abstractă. După el, pentru a înţelege o normă juridică nu trebuia să se procedeze la o analiză logică sau psihologică, ci sociologică. Reintegrând dreptul în mediul său adevărat, în realitatea socială, ale cărei nevoi el trebuie să le satisfacă, *Jhering* a dat noţiunii de drept o nouă semnificaţie. El a pus pe ştiinţa juridică o pecete de neşters; ecourile influenţei sale se regăsesc pretutindeni. În curând în Franţa, *Beudant*, *Bufnoir*[256], *Labbé* şi *Saleilles*[257] şi chiar *Duguit* vor acţiona în acelaşi sens. De altfel, către sfârşitul secolului trecut, metoda de interpretare constituia în Franţa preocuparea principală a doctrinei, iar cercetările au culminat în opera lui *François*

---

[254] Pentru Germania, *Wieacker*, 401; *Larenz*, **Methodenlehre**, 23 şi urm. Pentru Franţa, mai ales *Gény*, **La méthode d'interprétation** şi *Lambert*, **La Fonction**, 15 şi urm.

[255] *Jhering*, **Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten** (Berlin 1861-1866); publicat mai târziu ca primă parte a cărţii **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz** (ed. a 2-a, Leipzig 1885).

[256] Cel ce a introdus dreptul comparat în studierea dreptului civil a fost *Bufnoir*. Reluând o idee a lui *Jourdan*, el este, în 1869, unul din întemeietorii *Societăţii de legislaţie comparată*, ajungând Preşedintele acesteia în 1889. El a inaugurat, de fapt, în facultăţile de drept franceze, studiul comparativ ca instrument de studiere a dreptului civil. Catedra de drept civil comparat nu a fost creată la Facultatea de drept din Paris decât în 1901 pentru *Saleilles*. Cf. *E. Gaudemet*, 62. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 45, 58.

[257] În prefaţa sa la cartea lui *Gény*, citată în nota următoare, *Saleilles* aprecia metoda aceasta în felul următor: "Ea nu avea decât un defect, însă un defect capital; acela de a închide într-o reţea de abstracţii, neexistând decât în gândirea pură, o ştiinţă care este, întâi de toate, o ştiinţă socială, ştiinţa socială prin excelenţă".

Gény[258]. Nu mai era vorba de a deduce semnificaţia juridică a cuvintelor cu ajutorul unei interpretări gramaticale sau literale, ci de a descoperi intenţia legiuitorului. Era ceea ce jurisprudenţa franceză[259], obligată să adapteze zilnic textul nevoilor vieţii, făcea deja şi ceea ce doctrina avea să numească metoda istorică de interpretare. Cu toate acestea, jurisprudenţa şi doctrina au evoluat într-o oarecare confuzie. Pentru unii, era vorba de a găsi semnificaţia juridică în intenţia legiuitorului şi, printr-o interpretare subiectivă, de a supune prezentul trecutului[260]. Pentru alţii, era vorba de a desprinde acel *ratio legis* în sensul material şi, printr-o interpretare obiectivă, de a adapta textul trecut nevoilor actuale. Pentru alţii - ceea ce era forma sa extremă - interpretarea aceasta izola textul legii de sursa sa, făcându-l să trăiască o viaţă proprie[261], subordonat legii evoluţiei sociale. Ceea ce permitea să se ignore intenţia legiuitorului şi eventual chiar acel *ratio legis* pentru a elabora o regulă total nouă[262] care făcea din textul legii un pretext pentru o interpretare deformantă contrară[263]. Astfel, libertatea de apreciere a judecătorului devenea în fapt o libertate de decizie.

Teoria *supleţei textelor* devenea un expedient ce permitea acomodarea unui text vechi la necesităţi complet noi. Tribunalele franceze făceau câteodată, cu îndrăzneală însă în mod confuz, ceea ce propunea în Germania, din anul 1885, un nou curent doctrinar.

---

[258] *Gény*, **Méthodes d'interprétation**; *E. Gaudemet*, 56 şi urm.

[259] Trebuie subliniată cooperarea ştiinţifică a jurisprudenţei cu doctrina realizată prin intermediul notelor la hotărâri. *Labbé* a fost cel dintâi care a înţeles însemnătatea jurisprudenţei ca factor de progres juridic. Prin prima sa notă publicată la Sirey în 1859, el va inaugura un gen nou, de o importanţă extraordinară, totodată ştiinţifică şi practică.

[260] *Gény* (op. cit. I, 268) scrie: "În ce mă priveşte, dimpotrivă, rămânând strict în cadrul realităţii lucrurilor, nu admit drept conţinut legitim al legii, ce trebuie desprins prin interpretarea sa, decât ceea ce autorii săi au vrut şi au ştiut să exprime în injoncţiunea ei".

[261] În felul acesta, *Saleilles* (**Les accidents du travail et la responsabilité civile**, Paris 1897) a încercat mai întâi să obţină o reparaţie în caz de accident de muncă. Pentru aceasta el voia să reducă rolul culpei, nefăcând din ea decât unul din elementele generatoare ale pagubei. Deşi se plasează pe terenul art. 1382 C. civ., el nu ţine seama nici de istoria, nici de lucrările pregătitoare ale acestui articol. (Cf. *Betremieux*, **Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile**, Thèse Lille 1921). În fond, interpretarea aceasta disocia textul de sursa lui, deci aplicarea actuală a textului de elaborarea sa trecută.

[262] În cele din urmă, prin această metodă înţelegeau *Saleilles* şi *Josserand* să introducă răspunderea pentru risc într-un text care prevedea răspunderea pe bază de culpă.

[263] Nici un autor nu a înfăţişat concepţia aceasta sub o formă sistematică. Totuşi, jurisprudenţa nu ezita să procedeze în fapt la asemenea interpretări*deformante*. Cf. *Gény*, op. cit. I, 259 şi urm.

Datorită lui *Wach*, juriştii învăţaseră să facă deosebire între *ratio legis* şi *intentio legislatoris*. Metoda de interpretare pe care *Kohler*[264] o propunea, sub numele de metodă teleologică, le acorda judecătorilor o libertate de apreciere cu mult mai largă decât aceea pe care le-o oferea teoria subiectivă. Părerea lui era că interpretarea legii nu trebuia să fie subordonată voinţei legiuitorului, aşa cum reiese ea din lucrările pregătitoare, ci trebuia să fie făcută potrivit nevoilor sociale actuale, în mod rezonabil înţelese[265]. Judecătorii trebuia să aleagă, între mai multe soluţii, pe acelea care răspundeau cel mai bine nevoilor sociale actuale, pe de o parte, şi, pe de altă parte, scopului legii. Orientând metoda obiectivă nu către trecut ci spre prezent, metoda teleologică a avut mai târziu un mare succes în Germania[266].

În Franţa, doctrina nu orientase până atunci activitatea jurisprudenţei civile[267], care uneori şi-a găsit calea în mod empiric. Dimpotrivă, jurisprudenţa administrativă, plecând de la câteva texte disparate, izbutise să creeze întreg dreptul administrativ. Totuşi, dacă până la sfârşitul secolului al 19-lea metoda de interpretare civilă fusese în Franţa sclava dogmei imobilismului şi a postulatului după care dreptul se baza în întregime pe legea scrisă, nu este mai puţin adevărat că, mai ales în ultimele decade, ştiinţa juridică franceză înţelesese, ca printr-o bruscă iluminare, importanţa jurisprudenţei, faptul că încrederea oarbă în virtutea textelor legale era sfărâmată şi că şcoala exegetică murise. Reacţia s-a dezvoltat pe planul doctrinar într-un triplu sens. Pe de o parte, în efortul doctrinei de a întineri şi revigora ştiinţa juridică[268]. Pe de altă parte, în efortul de a descoperi o metodă de interpretare specifică. În sfârşit, în descoperirea de către doctrină a importanţei jurisprudenţei ca izvor de drept. Într-un vârtej prodigios de idei[269], dintre care nici una nu s-a impus în mod real, s-a încercat să se descopere metoda de interpretare capabilă să pună de acord textele vechilor coduri cu noile realităţi sociale. Ceea ce însemna să se admită, după cum a scris

---

[264] *Kohler*, **Uber die Interpretation von Gesetzen**, GrünhutsZ 13 (1886) 1 şi urm.

[265] *Klee*, **Dem Andenken J. Kohlers (Festgabe zum 70. Geburtstage Josef Kohlers)** AStRe 67 (1919) 341.

[266] *Larenz*, **Methodenlehre**, 34 şi autorii pe care îi citează la nota Nr. 1.

[267] Exceptându-l pe *Labbé*, şcoala exegeţilor este cea care nu şi-a îndeplinit misiunea: Cf. *Lambert*, **La Fonction**, 15 şi urm.

[268] Acest efort se manifestă de asemenea prin crearea de catedre de *drept civil aprofundat şi comparat* şi va fi unul din factorii permiţând orientarea dreptului comparat pe o cale practică: Cf. *Lambert*, **La Fonction**, 15 şi urm. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 58.

[269] A se vedea rezumatul evoluţiei la *Gény*, **Science et Technique**, II, 235 şi urm.

Lambert[270], două lucruri fundamentale: mai întâi că ştiinţa juridică este o ştiinţă de observaţie; apoi, că dreptul nu poate fi sustras legii evoluţiei. Cea mai acceptată dintre ideile înnoitoare era aceea potrivit căreia legea nu exprimă o intenţie fixă ci un element variabil după evoluţia socială. Judecătorul trebuia să poată interpreta gândirea legiuitorului în funcţie de nevoile actuale, ceea ce îi permitea *să facă mai suple textele*, deci să realizeze, de fapt, o interpretare deformantă.

Principalul său apărător rămâne *Saleilles*[271] care, înţelegând ca şi *Jhering* funcţia socială a dreptului, se va îngriji mai ales să adapteze textul imuabil nevoilor schimbătoare ale vieţii. În acelaşi timp, s-a descoperit datorită lui *Labbé* rolul creator al jurisprudenţei şi s-au făcut eforturi pentru a se stabili autoritatea sa ca izvor de drept[272]. Tratatul lui *Planiol*[273] a fost salutat de ştiinţa juridică franceză ca o veritabilă revelaţie. El inaugura un stil complet original înfăţişând regula de drept în aplicarea ei jurisprudenţială. De atunci, acest mod de a concepe legea scrisă şi de a prezenta regula de drept a devenit singurul de conceput. Eforturile lui *Planiol* ca şi cele ale lui *Lambert*[274] pentru a face recunoscută autoritatea jurisprudenţei ca izvor specific al dreptului au fost, în continuare, definitiv acceptate. Prezentarea pe care cei doi autori o fac problemei poate astăzi să surprindă. Într-adevăr, amândoi

---

[270] *Lambert*, **La Fonction**, 42.

[271] Întreaga sa operă civilistă şi comparatistă este pusă în serviciul acestor idei. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59. În acest sens, îndeosebi prefaţa sa la cartea lui *Gény* mai sus citată; *acelaşi*, **De la déclaration de volonté** (Paris 1901) 213 şi urm.; *acelaşi*, **Introduction à l'étude du droit civil allemand** (Paris 1904) 97 şi urm.; *acelaşi*, **Les rapports du droit et de la sociologie**, RIdlE XLVIII (1904) 429; *acelaşi*, **La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada**, RTDC X (1911) 40. Adde mai întâi *Percerou*, **A propos d'une théorie nouvelle sur la responsabilité**, ADC XII (1898) 64; apoi *Lambert*, **La Fonction**, 40. În sens contrar *Gény*, op. cit. II, 250 şi urm. A se vedea critica lui *Lambert*, **La Fonction**, 28.

[272] În ceea ce priveşte mişcarea de idei având tendinţa de a renova metoda prin studierea jurisprudenţei în afara lucrărilor citate la acest număr, a se vedea mai ales: *Saleilles*, RIdlE XIX (1890) 482 şi urm. şi XXII (1891) 39 şi urm.; *acelaşi*, Prefaţă la cartea lui *Gény*, **Méthodes d'interprétation**; *Bartin*, **Etudes sur le régime dotal** (Paris 1892) Introduction IV; *Planiol*, **Traité élémentaire de droit civil** (Paris 1899) I, Préface IX, 5, 39; *Percerou*, **A propos d'un nouveau livre sur "la méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif"**, ADC XIV (1900) 152 şi urm.; *Langlois*, **Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence** (Thèse Caen 1897); *Lambert*, **Du contrat en faveur des tiers** (Paris 1893) Préface I şi urm.; *acelaşi*, **La Fonction**, 30 şi urm., etc.

[273] *Planiol*, **Traité élémentaire de droit civil**.

[274] *Lambert*, **La Fonction**. În această lucrare, *Lambert* nu se ocupă de dreptul comparat ca atare în primele şi în ultimele zeci de pagini.

încearcă să prezinte jurisprudenţa ca pe un fel de *cutumă* juridică sau judiciară, atât de puţin erau obişnuiţi cercetătorii să vadă în jurisprudenţă un izvor de drept specific, în stare să fie ataşat legii scrise.

Alte curente au venit să îmbogăţească, în continuare, ştiinţa juridică germană. Dacă lăsăm de o parte curentul sociologic, comun ambelor ţări, şi acea *freie Rechtsschule*[275] care n-a avut în Franţa decât un ecou limitat[276], trebuie să spunem că în ansamblu cea mai mare parte a acestor idei rămân necunoscute în Franţa.

Diferenţele de natură teoretică şi doctrinară dintre cele două ştiinţe juridice privind metoda de interpretare par să fie mari. De fapt, totuşi, cele două ordini juridice s-au orientat către metoda finalistă şi teleologică, deşi fiecare în cadrul unui sistem teoretic oarecum deosebit. În mod conştient şi limpede studiat din punct de vedere teoretic, dreptul german tinde prin *Interessenjurisprudenz* din ce în ce mai mult spre o *Wertjurisprudenz*[277]. În mod mai confuz şi pragmatic, jurisprudenţa franceză se străduieşte mai ales să rezolve, cu ajutorul unor texte vechi, situaţii socio-economice complet noi. Totodată, deosebirile rămân vizibile. Abordarea jurisprudenţei franceze este mai pragmatică şi mai îndrăzneaţă; mai puţin grijulie faţă de coerenţa dogmatică decât faţă de echitatea actuală a soluţiilor. Modul de abordare al jurisprudenţei germane pare mai puţin îndrăzneţ şi mai grijuliu faţă de coerenţa dogmatică a soluţiilor, mai atent faţă de acordul dintre ierarhia valorilor ce se află la temelia sistemului legislativ şi soluţionarea conflictului individual.

Aceste scurte indicaţii trebuie doar să sublinieze cât de complexă este problema metodei de interpretare pentru ordini juridice care fac parte din acelaşi Sistem juridic şi care sunt atât de apropiate precum ordinile juridice germană şi franceză. Aceasta arată şi cât de complexă este sarcina comparatistului. Desigur, asemănările în metoda de interpretare sunt fundamentale, întrucât cele două ordini juridice aparţin aceluiaşi Sistem. Totodată, diferenţele nu sunt neglijabile. Ele dovedesc că este cu neputinţă ca metoda de interpretare să fie exact aceeaşi

---

[275] Ecoul acestei mişcări rămâne limitat mai degrabă la Germania şi la Austria. În Franţa, el nu prea a trecut dincolo de partizanul său, *Gény*. Se pare că nici în ţările anglo-saxone nu s-a întins: *Kohler*, **Die Freierechtsbewegung in den Vereingtien Staaten**, DJZ XVI (1911) 918 şi urm.; *Inhülsen*, **Die Freirechtsfindung in Deutschland und England**, RheinZ III (1911) 348 şi urm.

[276] A se vedea de exemplu critica adresată de *Lambert* (**La Fonction**) 34 şi urm. poziţiei lui *Gény* privind această teză.

[277] Pentru o vedere de ansamblu, *Larenz*, **Methodenlehre**, 128 şi urm.

pentru toate ordinile juridice care fac parte din acelaşi Sistem[278]. Observaţiile precedente arată de asemenea cât de mult pot varia aceste metode în timp în interiorul aceleiaşi ordini juridice.

Aceste variaţii pot fi de ordin general şi, printr-o schimbare produsă în metoda de interpretare, pot să afecteze ansamblul ordinilor juridice respective. Ele pot fi şi de ordin special şi pot să privească doar o instituţie juridică în timpul unei perioade date. Un reviriment în jurisprudenţă poate să-i dea aceleiaşi reguli juridice o interpretare exact contrară celei practicate până atunci. De aceea, din punct de vedere metodologic, trebuie să postulăm faptul că juristul comparatist trebuie să întrebuinţeze, pentru cunoaşterea termenului de comparat, metoda de interpretare pe care tribunalele ordinii juridice respective au folosit-o efectiv în vederea interpretării termenului de comparat.

70. Metoda de interpretare care variază în mod parţial între ordinile juridice ale aceluiaşi sistem şi în mod profund între sistemele juridice este un element determinant

Odată acceptată ideea că metoda de interpretare variază, problema ce se pune comparatistului este de a şti cum şi în funcţie de ce variază ea: în funcţie de ordinile sau de Sistemele juridice?

Răspunsul ce trebuie dat este acelaşi ca cel dat pentru ierarhia izvoarelor şi pentru aceleaşi motive. Interpretarea juridică constituie de asemenea un element determinant. Ca atare, ea variază într-un mod mai mult sau mai puţin important în funcţie de ordinile juridice care fac parte din acelaşi Sistem; ea variază în chip fundamental între Sistemele juridice.

Interpretarea juridică reprezintă un element determinant[279] mai întâi fiindcă este unul dintre elementele ce caracterizează ordinea juridică avută în vedere. Apoi, deoarece în ea se concentrează şi se reflectă, ca într-un punct matematic, o serie de principii fundamentale ca, de pildă, concepţia despre drept şi despre funcţia sa, raporturile executivului şi legislativului cu puterea judiciară, poziţia şi rolul judecătorului, etc... principii care, şi ele, contribuie la făurirea profilului specific al ordinii respective. În fine, acest element este determinant tocmai pentru că el influenţează, direct sau indirect, toate instituţiile, principiile şi regulile

---

[278] Aceleaşi texte ale Codului civil au fost adesea interpretate în mod diferit de tribunalele belgiene şi luxemburgheze. A se vedea *Ferid*, I, 126 şi urm. şi **infra**, Nr. 103.

[279] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 85 şi urm.

ordinii juridice respective. În interiorul ordinilor juridice care fac parte din acelaşi Sistem juridic, variaţiile acestui element determinant sunt mai curând secundare. Dimpotrivă, între Sistemele juridice el suferă schimbări adânci. A înlocui metoda de interpretare a unui Sistem cu a altuia înseamnă a face ca primul Sistem să piardă o parte din caracteristicile sale fundamentale. Dacă interpretarea ordinilor juridice *socialiste* este făcută după principiile Sistemului european, Sistemul *socialist* ar pierde o bună parte din caracteristicile sale. Invers, dacă ordinile juridice ale Sistemului european ar fi interpretate după metoda Sistemului *socialist*, ele ar pierde mult din caracteristicile lor substanţiale.

Ca să poată interpreta corect termenul de comparat străin, comparatistul trebuie să aplice metoda de interpretare pe care o aplică juriştii ordinii juridice avute în vedere. Comparatistul va putea îndeplini mai uşor această obligaţie metodologică ştiind că metoda de interpretare variază în mod fundamental de la un Sistem la altul şi într-un mod cu mult mai puţin important în interiorul ordinilor juridice care fac parte din acelaşi Sistem. Şi în acest domeniu Ştiinţa dreptului comparat influenţează metoda comparativă.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul II

FAZA A DOUA: ÎNȚELEGEREA TERMENULUI DE COMPARAT

Secțiunea I

CONDIȚIILE ÎNȚELEGERII

71. OBLIGAȚIA DE A REINTEGRA TERMENUL DE COMPARAT ÎN ORDINEA SA JURIDICĂ

Cunoaşterea termenului de comparat trebuie să fie făcută în vederea înţelegerii sale. Totuşi, cunoaşterea şi înţelegerea[1] nu coincid nicidecum. Obstacolele care trebuie învinse pentru a cunoaşte un termen de comparat sunt relativ limitate, iar dificultăţile, toate de natură tehnică, pot fi depăşite. A înţelege termenul de comparat este o operaţie cu mult mai delicată. Ea cere reintegrarea termenului de comparat în cadrul ordinii sale juridice precum şi cunoaşterea raporturilor sale cu ordinea juridică. Comparatistul trebuie să cunoască în acelaşi timp elementele juridice fundamentale pentru ordinea juridică şi elementele determinante, dar de asemenea şi unele elemente de natură extra-juridică alcătuind mediul politic, economic şi social înconjurător[2].

Se poate ca juristul comparatist să cunoască o instituţie străină în toate detaliile sale tehnice, fără a sesiza totuşi exact rolul pe care ea îl joacă în ordinea juridică din care face parte. Comparatistul nu va putea să ajungă la o înţelegere veritabilă a termenului de comparat fără o cunoaştere largă, care să cuprindă alte elemente[3], îndeosebi atunci când este vorba de ordini juridice aparţinând altor Sisteme juridice. De

---

[1] **Infra**, Nr. 92.

[2] Este ceea ce *Henri Capitant* (**Introduction à l'étude du droit**, ed. a 5-a, Paris 1927), 14, numea "Atmosfera imaterială în care se mişcă diversele instituţii juridice".

[3] **Infra**, Nr. 75 şi urm.

aceea, cea de-a doua fază necesită integrarea termenului de comparat în ordinea juridică din care el face parte[4]. Într-adevăr, importante nu sunt doar elementele de tehnică juridică ce compun însuşi termenul de comparat, ci funcţia sa reală în cadrul ordinii juridice respective. Astfel se explică de ce comparatistul trebuie să cunoască de asemenea elementele care leagă termenul de comparat de ordinea juridică[5] avută în vedere, instituţiile de care el este în mod funcţional legat sau înrudit. Ele sunt acelea care precizează şi delimitează rolul termenului de comparat în cadrul ordinii juridice şi care, datorită acestui fapt, îl influenţează direct sau indirect. Orice studiu comparativ limitat doar la cunoaşterea dreptului pozitiv[6] sau chiar a dreptului real riscă să fie în parte inexact sau chiar fals. Pentru a înţelege în mod real o instituţie străină, comparatistul va trebui totdeauna să cunoască elementele determinante ce caracterizează ordinea juridică respectivă, să coboare în mediul înconjurător, deci în lumea, mai adâncă şi mai puţin precisă, mai fluidă şi mai puţin concretă, acolo unde se formează sursele reale ale normei juridice. El va trebui să chestioneze acel "de ce" social[7] şi uman, moral şi religios, istoric şi politic[8], economic[9] şi ideologic[10] al ordinii juridice. *Şi în acest caz, va fi vorba de a descoperi înainte de a şti şi de a cunoaşte înainte de a înţelege cu adevărat, pentru a putea în cele din urmă compara*. Travaliul acesta cere tact, îndemânare şi mai ales cunoştinţe ce depăşesc dreptul pozitiv al termenului de comparat.

Aici, compararea juridică obligă comparatistul să iasă din cadrul strict juridic. Redusă la o simplă confruntare de texte, de instituţii şi de reguli juridice, compararea nu ar fi altceva decât o tehnică mai mult sau mai puţin mecanică şi care datorită rutinei ar putea funcţiona, dar ar face-o în gol[11]. Or, metoda comparativă este un instrument în acelaşi timp mai bogat, însă şi mai complex. Scopul său nu este de a sesiza raporturile care există între două texte, ci între două reguli de drept *ce*

---

[4] În acelaşi sens, pentru etnologia juridică: *Graebner*, 71 şi urm.; *Trimborn*, **Die Methode**, 428 şi urm.

[5] *Radbruch*, 424, scrie că nu trebuie comparate instituţiile juridice individuale decât după ce au fost comparate mai întâi ordinile lor juridice respective.

[6] Dacă dreptul pozitiv se confundă cu dreptul scris, trebuie să i se rezerve ex presia de drept real dreptului efectiv aplicat. *Jhering*, (I, 31) subliniază deosebirile ce pot exista între dreptul real şi dreptul formulat.

[7] A se vedea **infra**, Nr. 80.

[8] A se vedea **infra**, Nr. 85.

[9] A se vedea **infra**, Nr. 87.

[10] A se vedea **infra**, Nr. 86.

[11] Această comparare formală ar duce la rezultate greşite deoarece ar fi formale. De la *Posch* şi *Petev* la *I. Szabó*, toţi comparatiştii Sistemului *socialist* sunt, pe drept cuvânt, unanimi în această privinţă.

funcţionează în două medii juridice şi sociale diverse. Întrucât concepţia despre drept, în sensul de regulă ce emană din realitatea socio-economico-istorică şi i se adresează acesteia, s-a modificat profund, regula aceasta trebuie, pentru a fi înţeleasă cu adevărat, să fie reintrodusă în mediul ei socio-istoric. În felul acesta, metoda comparativă descoperă, dincolo de tehnica juridică, orizonturi ce permit înţelegerea reală a dreptului străin. Desigur, ignoranţa mare a contemporanilor le permite întotdeauna unora să descopere lucruri de mult timp descoperite. Astfel, comparatiştii, şi în urma lor ceilalţi jurişti, au descoperit importanţa mediului socio-economic[12] pentru elaborarea şi pentru cunoaşterea unei norme juridice. Totuşi, a trecut un secol de când *Jhering*[13] scria că "nici un Cod de legi, nici o culegere sistematică de drept a unei epoci sau a unui popor oarecare n-ar putea fi înţelese fără cunoaşterea condiţiilor reale ale acestui popor şi ale acestei epoci. Numai viaţa ne învaţă care este raţiunea de a exista a regulilor de drept, semnificaţia lor, şi ne face să cunoaştem obstacolele sau ajutoarele pe care le întâlneşte eficacitatea lor în împrejurările vieţii"[14].

72. Concepţia lui Montesquieu

Ideea că raporturile normei juridice cu mediul înconjurător duc la nevoia de a-l cunoaşte pe acesta din urmă pentru a o înţelege pe prima era deja prezentă în gândirea lui *Montesquieu*. Aceste raporturi reprezentau chiar o parte importantă din sistemul său. Ideea fundamentală a concepţiei lui *Montesquieu*, potrivit căreia legile sunt determinate de anumiţi factori ce fac ca ele să fie specifice fiecărui popor, explică consecinţele metodologice, importante pentru comparare, pe care el le desprinde, şi anume că nu se poate cunoaşte în mod real o ordine juridică străină[15] printr-un simplu text de lege şi că trebuie să cunoşti care este regimul politic ce a elaborat legea respectivă[16]. O altă observaţie se desprinde din concepţia sa, după care o lege[17] nu constituie

---

[12] *Jhering*, I, 50.

[13] A se vedea de asemenea *Rabel*, **Fachgebiete**, III, 211.

[14] Importanţa vieţii şi a mediului social pentru drept era, de la sfârşitul secolului trecut, din ce în ce mai mult recunoscută de către jurişti. Urmându-l pe *Karl Marx*, juriştii Sistemului *socialist* i-au atribuit o valoare fundamentală.

[15] În terminologia noastră.

[16] Desigur, din acest punct de vedere, concepţia sa este schematică în măsura în care face să depindă semnificaţia legilor de trei feluri de regimuri politice: cf. *Niboyet*, 260.

[17] În terminologia modernă ar trebui să se spună termen de comparat.

decât o mică parte a dreptului. Din punct de vedere metodologic, consecinţa este că nu trebuie nici să fie separată această mică parte de ansamblul dreptului avut în vedere, nici acesta de mediul său înconjurător, deci de ansamblul factorilor extra-juridici al căror rezultat este. Această importantă observaţie metodologică a fost din nefericire mult timp ignorată deoarece numeroşi comparatişti nu i-au înţeles dimensiunea. Exprimată în termeni moderni, aceasta înseamnă că o instituţie juridică nu poate fi înţeleasă decât în cadrul ordinii juridice din care face parte, într-un sens, iar în alt sens, în cadrul mediului înconjurător şi al factorilor ce au acţionat, influenţat şi format ordinea juridică respectivă. Toată concepţia lui *Montesquieu* se bazează pe ideea că dreptul este influenţat de o serie de factori şi este produs de numeroase cauze, de natură istorică, politică, economică, religioasă, materială, geografică, climatică şi socială[18].

Rezumându-i concepţia, trebuie să spunem că orice drept are o istorie şi că înţelegerea lui necesită cunoaşterea istoriei. Pe de altă parte, dreptul depinde de regimurile politice şi este evident că el nu are acelaşi rol, atunci când e vorba de o dictatură, de o republică sau de o monarhie, schema tripartită în care *Montesquieu* aşează regimurile politice. După el, într-o dictatură, legea reprezintă voinţa dictatorului. Nu se poate deci vorbi de un regim legislativ veritabil şi nici nu merită să ne ocupăm de acest lucru. Într-o republică, dreptul este expresia voinţei poporului. În afara legii nu există drept, deci textul legii nu trebuie interpretat. Într-o monarhie, textul legii reprezintă doar un element al dreptului şi totul depinde de spiritul liberal sau ne-liberal în care monarhul îl interpretează. Pentru a cunoaşte dimensiunea exactă a legii trebuie deci să i se caute spiritul. După autor, legile sunt de asemenea în raport cu structura economică a ţării şi este evident că legile unui popor de negustori vor fi deosebite de legile unui popor de agricultori. Elementul religios influenţează şi el formarea dreptului, iar exemplele din dreptul familiei în acest caz sunt numeroase. În sfârşit, cu siguranţă că factori de ordin geografic şi de climă influenţează unele instituţii juridice[18 bis].

Defectul principal al acestei concepţii constă în faptul că *Montesquieu* introducea în acţiunea acestor cauze un determinism ce le apropia de legile naturale. Totuşi, chiar dacă expunerea este adesea vagă iar

---

[18] În vederea unui examen amănunţit al acestor cauze, a se vedea *Niboyet*, 264 şi urm. A se vedea de asemenea *Rabel* (3 şi urm.) care îi cere comparatistului să cunoască toate aceste aspecte ale dreptului străin.

[18 bis] A se vedea *P. Lavigne*, **Climats et sociétés** (Paris 1966) şi *Eduard Wahl*, **Influences climatiques sur l'évolution du droit en Orient et en Occident. Contribution au régionalisme en droit comparé**, RIDC 25 (1973) 261 şi urm.

exemplele primitive, schema fiind prestabilită iar determinismul rigid, nu e mai puţin adevărat că unele idei exprimă adevăruri care, din punctul de vedere al metodei comparative, au o importanţă ce nu e de neglijat. Principala idee este că dreptul nu e independent de mediul înconjurător şi că trebuie să se cunoască acest mediu pentru a înţelege norma juridică.

73. Poziţia autorilor moderni privind această regulă metodologică

Necesitatea de a integra termenul de comparat în ordinea sa juridică se explică prin aceea că nu se poate cunoaşte cu adevărat particula ce se examinează fără a cunoaşte organismul din care ea face parte. Această necesitate metodologică a fost resimţită de alte ştiinţe comparative. Astfel, "istoricul religiilor nu şi-a încheiat opera atunci când a reconstituit istoria unei forme religioase sau a desprins contextul său sociologic, economic sau politic. El mai trebuie încă să-i înţeleagă semnificaţia, cu alte cuvinte să identifice şi să pună în lumină situaţiile şi poziţiile care au indus sau au făcut posibilă apariţia sau triumful acestei forme religioase într-un moment anume al istoriei. Abia în măsura în care ea îşi va îndeplini această sarcină - şi anume atunci când va face ca documentele religioase să fie înţelese de spiritul omului modern - ştiinţa religiilor îşi va îndeplini adevărata sa funcţie culturală"[19]. În acest sens, *Poincaré* scria: "Când un zoolog disecă un animal, cu siguranţă el îl denaturează. Căci, făcându-i disecţia, el se condamnă singur pe sine la a nu cunoaşte niciodată întregul; dar nefăcându-i disecţia, el s-ar condamna la a nu cunoaşte niciodată nimic şi prin urmare la a nu spune niciodată nimic"[20].

Juriştii moderni care s-au ocupat de această problemă sunt unanimi în a-i cere comparatistului să cunoască nu numai regula de drept străină pe care o compară, ci şi *întregul* din care ea face parte, *background*-ul istoric, economic şi social al acestei ordini juridice. Este urmarea logică a ideii, astăzi larg acceptate, că o ordine juridică nu este o sumă de dispoziţii arbitrare formulate de puterea publică, ci ordinea socială, ieşită din viaţa şi din istoria poporului[21].

---

[19] *Eliade*, 19.

[20] *H. Poincaré*, **La valeur de la science** (Paris 1913) 216.

[21] Deja *Jhering* (I, 25 a.) scria: "Es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, dass das Recht nicht wie man es früher betrachtete, ein äusserliches Agregat willkürlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion der Gesetzgeber seinen Ursprung verdankt, sondern gleich der Sprache eines Volkes ein innerliches abgeschlossenes Produkt der Geschichte ist". Această concepţie este exactă îndeosebi în ceea ce priveşte ordinile juridice elaborate şi crescute în chip natural.

Deja *Lambert*[22] scria: "Spiritul fiecărei soluţii, soliditatea mai mare sau mai mică a rădăcinilor ce o leagă de fondul general al dreptului naţional nu pot fi în mod clar percepute decât dacă acest drept este reaşezat în mediul cu ale cărui necesităţi el s-a deprins. Unele soluţii îşi pot găsi explicaţia în condiţiile naturale sau economice ale vieţii naţionale". *Huber*[23] stăruise şi el asupra necesităţii de a reaşeza termenul de comparat în mediul său juridic, social şi economic: "Este vorba totdeauna, şi mai întâi, de a fixa, pentru fiecare epocă şi pentru fiecare teritoriu, condiţiile de fapt ale existenţei juridice; aceasta înseamnă nu numai condiţiile naturale: climat, cultură a solului, ci şi condiţiile economice: densitatea populaţiei, industrie naţională, agricultură, comerţ, nu mai puţin decât condiţiile regimului legilor. Trebuie studiate chiar şi legile străine celor pe care vrem să le comparăm, atunci când ele au o influenţă asupra domeniului acestora din urmă şi, de exemplu, dacă este vorba de a studia regimurile matrimoniale, trebuie examinate în acelaşi timp legile privind proprietatea, succesiunile, tutela, dreptul public, diferenţa claselor: în sfârşit, tot ce poate fi considerat ca bază a comparării ca urmare a acestor raporturi cu lucrul ce trebuie comparat". *Monaco*[24] şi *David*[25], *Ascarelli*[26] şi *Rivero*[27], ca să

---

[22] *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 51; *acelaşi*, **La Fonction**, 896 şi urm.

[23] *Huber*, **Les régimes matrimoniaux des cantons suisses (Procès-verbaux)** II, 220.

[24] *Monaco*, **Appunti di diritto pubblico comparato**, (Torino 1936) 13, scrie: "Nu este posibil, deşi de dorit, ca juristul comparatist să izoleze fenomenul juridic fără să analizeze şi cauzele politice, sociale şi religioase care l-au produs, şi dincolo de efectele şi repercusiunile pe care acesta le produce".

[25] *David* (**Traité**, 10 şi urm.) scrie: "Compararea ordinilor juridice nu este cu adevărat rodnică decât dacă se cunosc bine cele două ordini de drept ce sunt comparate între ele; o comparare a ordinii juridice străine care să implice înţelegerea mediului social în care această ordine de drept este chemată să se aplice este condiţia preliminară ce trebuie să fie îndeplinită pentru a face în mod util drept comparat".

[26] În acelaşi sens, *Ascarelli* (9) precizează că prin cunoaşterea termenului de comparat nu se realizează decât un prim pas. Apoi, va trebui integrată instituţia în ambianţa ei istorică, economică, etc.

[27] Situaţia este aceeaşi în dreptul administrativ. *Rivero* (34 şi urm.) scrie: "... structurile adoptate oglindesc, pe lângă un mediu istoric, sociologic, economic, şi un *mediu juridic*, în acelaşi timp. O anumită procedură stabilită prin lege în materie de urbanism, de exemplu, nu-şi capătă adevăratul sens decât reaşezată în ansamblul procedurilor administrative ale ţării; analizată în mod izolat, nu i se va putea aprecia în mod exact dimensiunea...". *Rivero* (36) adaugă: "Din acel moment, studierea dreptului administrativ comparat cere, din partea celor ce se ocupă de el, cunoaşterea ansamblului dreptului pozitiv (drept constituţional, drept privat) al ţării respective; este evident o dificultate suplimentară". A se vedea de asemenea, în ceea ce priveşte dreptul public, *Strebel*, 421. Dificultatea este aceeaşi pentru toţi comparatiştii. În realitate, ea trebuie să poată fi rezolvată nu prin cunoaşterea ansamblului dreptului pozitiv, ci prin cunoaşterea elementelor determinante.

nu-i citǎm decât pe aceşti patru comparatişti, printre atâţi alţii[28], insistă toţi asupra aceleiaşi necesităţi metodologice[29]. De când au început să se ocupe de comparare, juriştii Sistemului *socialist* au insistat pe drept cuvânt şi cu o tărie deosebită asupra importanţei acestei reguli metodologice.

74. Obiectul cercetării în timpul acestei faze

Faza înţelegerii începe după ce faza cunoaşterii se termină. În realitate, cele două faze nu sunt nicidecum separate printr-o etanşeitate completă. Dimpotrivă, cele două faze interferează. Eu le separ în mod net mai ales din motive de comoditate a analizei şi de claritate în expunere.

Totodată, există între cele două faze deosebiri mari şi aceasta mai ales deoarece obiectul cercetării capătă o nouă dimensiune şi se schimbă, într-un fel, de la o fază la alta. În prima fază, obiectul cercetării - făcută în mod analitic - era în mod exclusiv termenul de comparat. În a doua fază, obiectul cercetării este termenul de comparat în legăturile sale imediate cu ordinea juridică, precum şi cu caracteristicile sale

---

[28] Cu titlu de exemplu: *Lévy-Ullmann* (citat de *Marc Ancel*, **l'œuvre juridique de Lévy-Ullmann**, 189; şi de *Lepaulle*, **Lévy-Ullmann et le droit mondial**, ibid. 113); *Lambert*, **La Fonction**, 896; *Pollock*, **The History of Comparative Jurisprudence**, 76; *Lee*, **Comparative Law and Comparative Lawyers**, JSPTL 1936, 3; *Escarra*, **The Aims of Comparative Law**, TempleLQ 7, 309; *Kaden*, 18; *Rabel*, 3; *Schmitthoff*, 96; *Langrod*, **Réflexions**, 368; *Loeber*, 218 şi urm.; *Erbe*, 220; *Genzmer*, 334 ; *Radbruch*, 424; *Blomeyer*, 4; *Meyer-Hayoz*, **Kommentar**, 175 (Nr. 382 şi urm.); *Posch* şi *Petev*, 89; *Neumayer*, 421; *Häfelin*, 94. Pentru dreptul penal: *Gutteridge*, 51 şi urm.; *Marc Ancel*, **La méthode du droit comparé en matière de droit pénal**, RIDC 1949, 511 şi urm.; *Herzog*, RIDC 1957, 540. Pentru dreptul public: *Gutteridge*, 50; *Kaiser*, 401; *R. Bernhardt*, 435; *Strebel*, 411 şi urm. Pentru dreptul procesual: *Bruns*, 30 şi urm. Pentru ştiinţele politice: *Leo Moulin*, **La méthode comparative en science politique**, RId'HPC 1957, 57 şi urm.; etc.

[29] Aceste exemple ar trebui să fie de ajuns pentru a arăta cât de lipsit de fundament este reproşul adus de numeroşi jurişti ai Sistemului *socialist*, potrivit cărora *compararea burgheză* se epuizează în analize formale şi nu integrează regula juridică în realitatea socială. Desigur, metoda comparativă, ca orice creaţie omenească, n-a fost perfectă de la început. Şi, în ciuda unor ameliorări progresive, mai există încă jurişti care aplică greşit metoda comparativă. *Metoda comparativă socialistă* (*Posch* şi *Petev*, 90: "Die Anforderungen an eine *sozialistische und damit wissenschaftliche Rechtsvergleichung* werden von ihrer Zielsetzung bestimmt".) care, după părerea mea, nu există mai mult decât o "comparare burgheză", n-a făcut decât să ia un tren în mers, deci un tren care exista şi mergea datorită "comparatiştilor burghezi". Într-adevăr, aceşti "comparatişti burghezi" puseseră deja şi rezolvaseră în mod teoretic această problemă metodologică.

fundamentale. În prima fază, termenul de comparat era metodologic desprins de ordinea juridică respectivă şi studiat în el însuşi; în cea de-a doua fază, el este reintegrat în această ordine juridică şi studiat în diferitele sale relaţii. Or, a analiza termenul de comparat în cadrul ordinii juridice, înţeleasă ca un ansamblu coerent, înseamnă a examina raporturile sale cu aceasta şi a lumina mai întâi elementele fundamentale ale acestui ansamblu. Deşi în mod parţial, examenul priveşte, deja în acest moment, ordinea juridică; înţelegerea unei părţi, termenul de comparat, necesită cunoaşterea aproximativă a întregului, cu alte cuvinte a părţilor sale cele mai importante, care sunt elementele determinante. Ea necesită de asemenea cunoaşterea precisă a legăturilor directe şi indirecte ale termenului de comparat cu acest întreg. De aceea, pentru a asigura înţelegerea trebuie integrat termenul de comparat în ordinea sa juridică.

Apropiind una de alta două ordini juridice, se apropie în mod necesar două realităţi sociale diferite[30], precum şi două moduri de a concepe, de a gândi şi de a ordona juridic această realitate socială[31]. Necesitatea metodologică de a adânci această realitate socială, ca sursă socială a dreptului şi ca destinatară a normei juridice, a devenit mai evidentă de când s-a înţeles cât de deosebită putea să fie realitatea socială şi structura economică şi politică a unor Sisteme juridice. Ceea ce explică de asemenea de ce comparatiştii Sistemului *socialist* subliniază importanţa acestui examen.

75. Motivele care cer integrarea termenului de comparat în ordinea sa juridică

Încă de pe acum, studiul analitic al termenului de comparat, desprins de ordinea sa juridică, şi făcut în scopul de a-l cunoaşte, a pregătit calea înţelegerii. La rândul ei, aceasta va pregăti calea sintezei comparative. Analiza termenilor de comparat, detaşaţi de ordinile lor juridice,

---

[30] Prin compararea a doi termeni de comparat în procesul de apropiere a ordinilor juridice avute în vedere, comparatistul este determinat să investigheze ceea ce *Ascarelli* (10) numea *premisele implicite* (economice, sociale, doctrinale) ale dreptului. În ce-l priveşte, dificultatea se datorează faptului că aceste premise nu sunt formulate.

[31] Raportul necesar al normei juridice cu această realitate a fost deja subliniat de *Jhering*, care scria că în timp ce alte ştiinţe au de făcut analiza unei singure realităţi, ştiinţa juridică trebuie să examineze două realităţi: una a dreptului, cealaltă a faptelor. El insista (I, 36 şi urm.) cu tărie asupra raporturilor dreptului cu viaţa socială.

riscă să ducă la o cunoaştere inexactă deoarece este izolată, fragmentară, formală şi exterioară. Această cunoaştere n-ar putea fi exactă decât dacă noţiunile, instituţiile şi principiile juridice, adică termenii de comparat, ar avea o valoare absolută, deci abstractă şi independentă de ordinea juridică din care fac parte. Or, tocmai, principiile şi instituţiile juridice sunt specifice ordinii juridice avute în vedere; ele nu reprezintă elaborări juridice egale cu ele însele în spaţiu şi în timp, după cum credea acea *Begriffsjurisprudenz*. "În realitate, principiile nu au decât o valoare instrumentală şi funcţională, aşadar relativă faţă de propriul sistem. Prin obiectivul şi funcţia lor, principiile sunt elaborări determinate în mod juridic, condiţionate economic şi social, subordonate teleologic. Obiectivul şi funcţia, în raport cu sistemul juridic din care fac parte, explică forma, caracterul şi rolul lor"[32]. A înţelege sensul exact al unui termen de comparat înseamnă a sesiza, odată cu adevăratul său profil, rolul său veritabil, nu independent ci în interiorul sistemului din care el nu este decât o piesă[33]. Toţi comparatiştii care au aplicat metoda comparativă insistă asupra obligaţiei de a nu pierde din vedere unitatea ordinii juridice, element esenţial al procesului metodologic în această fază[34].

Spre a înţelege mai bine importanţa regulii metodologice care cere integrarea termenului de comparat în ordinea sa juridică, este util să ne întrebăm de ce trebuie să se procedeze la această operaţie, de ce cunoaşterea termenului de comparat, deja dobândită, nu ajunge pentru a se proceda la comparare, de ce, în afara acestei cunoaşteri, se crede că se înţelege mai bine termenul de comparat dacă este integrat în ordinea juridică şi examinat în legăturile sale cu aceasta din urmă. Răspunsul la această întrebare este dat de trei motive, rezumate prin ideea fundamentală a unităţii ordinii juridice, înţeleasă în mediul său socio-economico-politic. Motivele sunt următoarele:

a) mai întâi, o altă instituţie juridică a ordinii de drept respective poate exercita o influenţă asupra termenului de comparat, completându-l, modificându-l, deviindu-l sau chiar anulându-l în structura sau în funcţia sa. Este problema raportului termenului de comparat cu alte instituţii juridice *funcţional* înrudite.

---

[32] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 262.

[33] În acelaşi sens, pentru dreptul public: *Strebel*, 415, 425 precum şi autorii citaţi la Nr. 73.

[34] Astfel, de exemplu, *Ascarelli* (6) scrie: "Este înainte de toate indispensabil să ţinem mereu seama de unitatea sistemului juridic în complexitatea sa. Capacitatea soluţiei celei mai modeste probleme poate adesea să nu fie înţeleasă, când nu se ţine seama de unitatea sistemului şi de influenţa principiilor sale generale asupra unei singure chestiuni". În acest sens, *Lee*, loc. cit.

b) apoi, în orice ordine juridică, elementele determinante au un loc preponderent ce le permite să iradieze şi să influenţeze asupra celorlalte particule juridice elementare. Prin aceasta, ele pot să interfereze, în mod direct sau indirect, cu termenul de comparat. Este problema raporturilor termenului de comparat cu elementele determinante ale ordinii juridice sau a rolului elementelor determinante în ordinea juridică avută în vedere.

c) în sfârşit, naşterea, structura sau funcţia termenului de comparat, ca şi ale ordinii juridice, sunt influenţate, în mod vădit sau invizibil, de factori extra-juridici, istorici, politici, economici şi sociali. Aceasta pune două feluri de probleme. Prima este aceea a raporturilor termenului de comparat cu elementele extra-juridice, a doua este a raporturilor ordinii juridice cu factorii şi cu mediul înconjurător extra-juridic.

Toate aceste elemente, instituţii înrudite, elemente determinante şi factori extra-juridici[35] trebuie să fie cunoscute de către comparatist pentru a înţelege locul exact, capacitatea reală, funcţia şi rolul veritabil pe care termenul de comparat îl joacă în ordinea juridică respectivă. Dar toate aceste elemente, prin care sau în funcţie de care termenul de comparat se leagă de întreg, aparţin acestui întreg, ordinii juridice care în această fază devine în parte, şi în linii mari, obiect de cercetare, pentru a permite înţelegerea termenului de comparat. Să precizăm, sumar, fiecare din cele trei motive.

Secțiunea a II-a

PRIMUL MOTIV

76. INTERFERENȚA ALTOR INSTITUȚII, VECINE SAU COMPLEMENTARE ALE ACELEIAŞI ORDINI JURIDICE, CU TERMENUL DE COMPARAT

După cum corpul omenesc nu este o simplă adunare de celule, nici o ordine juridică nu e o grămadă arbitrară de particule juridice elementare eterogene. În realitate, orice ordine juridică este o creaţie complexă şi completă, vie din punct de vedere social, structurată economic şi determinată politic. Pe de o parte, ea alcătuieşte un întreg omogen, în care toate particulele juridice elementare se integrează

[35] *Strebel* (410) subliniază dificultatea de a desprinde norma juridică de elementele înconjurătoare împreună cu care ea s-a dezvoltat, precum şi influenţa lor reciprocă.

după o ordine ce-i este proprie; pe de altă parte, ea trăieşte şi evoluează paralel cu evoluţia socio-economico-politică a societăţii respective. Ca să înţelegem funcţia exactă a unei instituţii juridice, trebuie s-o examinăm în contextul ei juridic şi în lumina factorilor principali care au modulat şi influenţat dezvoltarea acestei ordini juridice. Interdependenţa structurală şi funcţională existentă între instituţiile aceleiaşi ordini juridice cere să se examineze funcţia specifică a fiecărei instituţii în cadrul sistemului, deci funcţia ei în corelaţie cu funcţia altor instituţii juridice învecinate cu care ea vine în contact sau de care se apropie printr-o înrudire funcţională.

Aici intervine una din diferenţele fundamentale dintre un studiu de drept străin şi un studiu comparativ. Primul poate fi întreprins - în principiu - fără să te ocupi de instituţiile învecinate. Din contră, în studiul comparativ, "în majoritatea cazurilor o instituţie nu poate fi studiată separat şi făcând abstracţie de toate instituţiile ce îi slujesc drept bază, de acelea cărora ea le slujeşte drept bază şi de acelea cu care ea are puncte de contact. Deoarece, în majoritatea ipotezelor, o instituţie juridică nu este decât una din piesele sistemului[36]. Or, ca să putem s-o înţelegem şi s-o explicăm, trebuie să-i redăm adevărata ei fizionomie, integrând-o în sistemul juridic din care ea face parte. Dar pentru a explica o instituţie în raport cu sistemul ei suntem obligaţi să studiem şi să expunem principii[37] ce aparţin mai curând sistemului decât instituţiei, dar care, prin legătura lor strânsă cu aceasta din urmă, sunt necesare. În unele ipoteze, însăşi înţelegerea instituţiei este subordonată acestor studii prealabile şi complementare"[38]. Într-adevăr, nu trebuie să pierdem din vedere faptul că acţiunea şi funcţia termenului de comparat pot fi modificate de către instituţii învecinate. Instituţii sau reguli juridice diferite pot interfera cu termenul de comparat, pentru a-i completa sau modifica funcţiile. Aceasta este adevărat în dreptul civil ca şi în dreptul penal, în dreptul administrativ ca şi în cel constituţional. Astfel, nu este suficient să se constate că un Cod penal a eliminat pedepsele privative de libertate perpetue prin dispoziţii ce limitează pedepsele la un *maximum.* Principiul acesta poate fi neutralizat sau golit de conţinut datorită unei instituţii juridice învecinate ce-i modifică efectele. Dacă, de exemplu, acelaşi Cod penal nu prevede principiul necumulării pedepselor, condamnaţii, prin cumulul pedepselor, vor

[36] Aici, prin "sistem" trebuie să înţelegem ordinea juridică.

[37] Aici, prin "principii ce aparţin mai curând sistemului" trebuie să înţelegem elementele determinante. Aceste incertitudini terminologice se explică prin faptul că aceste rânduri au fost scrise în 1940, adică într-o vreme în care ideile pe care eu le apăr nu îmi erau atât de clare cum îmi sunt astăzi.

[38] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, 8.

suferi privaţiuni de libertate care depăşesc, de fapt, maximul prevăzut[39]. În acelaşi sens, s-a făcut precizarea[40] că, potrivit Codului civil francez, soţul supravieţuitor este un succesor care nu are cu defunctul o legătură civilă de familie (*successeur irrégulier*), fiind tratat într-un mod destul de meschin. Dar ca să înţelegem adevărata sa situaţie juridică, în calitate de succesor, trebuie să ţinem seamă de celelalte instituţii cum ar fi libertatea de a testa şi de a dispune de cotitatea disponibilă în favoarea sa, de avantajele matrimoniale ce permit să i se acorde, printr-o "instituţie contractuală", un drept irevocabil asupra întregii sau asupra unei anumite părţi din propria sa succesiune, precum şi de regimul matrimonial care, şi el, poate influenţa situaţia soţului supravieţuitor. Într-adevăr, atunci când acest regim este regimul legal, cu alte cuvinte regimul comunităţii bunurilor mobile şi a bunurilor comune achiziţionate în timpul căsniciei, soţul supravieţuitor va primi jumătate din averea avută în comun în proprietate. Astfel, situaţia soţului supravieţuitor, în calitate de succesor, nu poate fi înţeleasă exact decât dacă se înglobează în studiu celelalte instituţii juridice concurând direct la completarea şi îmbunătăţirea acestei situaţii.

De aceea, pentru a da o imagine exactă a funcţiei termenului de comparat în ordinea juridică străină, comparatistul trebuie să cuprindă în studiul său examinarea tuturor instituţiilor, învecinate sau complementare, care sunt în mod funcţional înrudite cu termenul de comparat, şi care exercită asupra lui o influenţă directă sau indirectă[41]. Două exemple, luate din dreptul civil, vor ilustra mai uşor această regulă metodologică.

77. Executarea în natură în doctrina şi în dreptul englez

Comparatistul care studiază executarea contractelor *at Law* ar putea să tragă concluzia că, în dreptul englez, creditorul nu are nici o posibilitate de a obţine executarea în natură a contractului, el trebuind să se

[39] Exemplu dat de *Herzog*, 345.

[40] *Marc Ancel*, **Utilité et méthodes**, 51 şi urm., dă acest exemplu pentru a ilustra regula *înţelegerii globale a sistemului*. Astfel formulată, această regulă este echivocă în măsura în care termenul de "sistem" este susceptibil de mai multe interpretări. Însă această regulă este de asemenea inexactă în măsura în care sistemul (ordinea juridică) nu este înţeles în mod global. Într-adevăr, regula aceasta nu priveşte ordinea juridică în ansamblul ei. Obiectul ei este totdeauna termenul de comparat în cadrul ordinii sale juridice, deci în relaţiile sale cu instituţiile învecinate cu care este înrudit funcţional.

[41] În acelaşi sens, *von Rauchhaupt*, 159; *Genzmer*, 334.

mulţumească totdeauna cu o executare prin echivalent, deci cu daune-interese. Concluzia este corectă, însă, fiind parţială, ea nu oglindeşte starea exactă a dreptului englez. Ordonându-i debitorului să-şi execute obligaţia, altfel fiind pedepsit cu închisoarea, Lordul Cancelar[42] a creat un nou recurs a cărui sancţiune era garanţia însăşi a succesului în *Equity*. Era acea *specific performance*[43] care permite tocmai, în numeroase cazuri, executări contractuale în natură. E vorba aici de o instituţie juridică ce a completat sistemul executării în natură a contractelor, astfel cum a fost el făurit de *Common Law*. Şi, pentru a cunoaşte dimensiunea acestei ultime instituţii juridice, comparatistul trebuie să examineze de asemenea şi acea *specific performance* pentru obligaţiile de a face, precum şi *injunction* - pentru obligaţiile de a nu face, care intervin în profunzime pentru a o completa. Altfel, concluziile sale vor fi în mod necesar eronate.

Autorii străini care au studiat executarea în natură în dreptul francez numai prin prisma art. 1142 din Codul civil şi fără a integra *acest principiu în întreg* au ajuns de asemenea la rezultate eronate. Într-adevăr, ei au tras concluzia că, în dreptul francez, debitorul unei obligaţii contractuale are un veritabil drept de opţiune între executarea obligaţiei sau plata daunelor-interese şi că creditorul nu poate niciodată să-l forţeze să execute în natură. Este cazul doctrinei anglo-americane mai vechi. Astfel, Profesorul *J.B. Ames*[44] îşi încheiase articolul său, consacrat acestei probleme, scriind: "În Franţa, în Germania şi, este de presupus, în celelalte state ale Europei[45], compensaţia pecuniară este singurul recurs în caz de rupere a contractului". În ce-l priveşte, *Lord Justice Fry*, în cartea sa binecunoscută[46], judecând dreptul francez numai prin prisma dispoziţiilor art. 1142 din Codul civil, scria: "Probabil că nici o tentativă de a sancţiona îndeplinirea contractelor, atât de serioasă ca aceea făcută de Curtea de *Equity* în această ţară, nu există în nici o altă ordine juridică".

---

[42] În procedura *Equity* înaintea *Court of Chancery*.

[43] Teza lui *Barda* (**De la "Specific Performance" ou exécution "in specie", dans les contrats, en droit anglais comparé**, Paris 1928) îi oferă, în ciuda vârstei sale, juristului continental o bună introducere în materie.

[44] *J.B. Ames*, **Specific Performance of Contracts**, în **The Green Bag** (Boston Mass. 1886) 26 şi urm. şi în **Lectures on Legal History** (Cambridge/Harvard University Press 1913).

[45] În dreptul comparat, astfel de prezumţii constituie totdeauna nişte greşeli.

[46] *Lord Justice Sir Edward Fry*, **A Treatise on Specific Performance of Contracts** (ed. 1, London 1858). În ediţia din 1921 el a modificat această opinie datorită scrisorii Profesorului Renault, pe care o reproduce in extenso.

78. EXECUTAREA ÎN NATURĂ ÎN DREPTUL FRANCEZ

Această concluzie privind dreptul francez este de asemenea aceea a unui jurist german, *Himmelschein*[47]. Plecând de la soluţiile din dreptul roman clasic, examinând antecedentele art. 1142 din Codul civil şi aportul post-glosatorilor care, considerând că *nemo praecise cogi potest ad factum*, s-au pronunţat împotriva utilizării forţei pentru a obţine executarea în natură, ţinând seamă de influenţa lui *Pothier*, fidel aceloraşi idei, *Himmelschein* face o analiză excelentă a factorilor istorici care au dus la formula din articolul 1142 din Codul civil: "Aplicat cuvânt cu cuvânt, scrie el, art. 1142 din Codul civil va duce în majoritatea cazurilor la excluderea executării (în natură). Gravele controverse privind aceste chestiuni se întind asupra întregului drept civil francez din secolul al XIX-lea". Conform acestui articol - continuă autorul - orice obligaţie de a face se transformă într-un drept la daune-interese în caz de neexecutare. "Regula este vădit inechitabilă şi trebuie evitată[48] în noile Coduri". După părerea lui, consacrând § 280, redactorii BGB-ului ar fi refuzat dinadins să adopte principiul francez[49].

În ciuda analizei istorice exacte, concluzia la care ajunge *Himmelschein*, anume că, datorită art. 1142 din Codul civil, orice obligaţie de a face sau de a nu face s-ar transforma în dreptul francez, în mod automat, într-o creanţă pentru daune-interese, este falsă. Pentru obligaţia de a da, deci de a transfera un corp oarecare sau un lucru de gen individualizat, principiul contrar, adică cel al executării directe şi *in specie*, se aplică în mod curent. De altfel, art. 1138 din Codul civil facilitează executarea în natură a acestui gen de obligaţii. După cum s-a precizat deja[50] în ce priveşte obligaţiile de a face, principiul consacrat de art. 1142 din Codul civil nu are decât o dimensiune relativă şi subsidiară; regula o constituie executarea în natură.

Cu toate acestea, ca să înţelegem dimensiunea exactă a principiului executării în natură în dreptul francez, trebuie să examinăm o altă instituţie juridică pe care comparatistul nu o va găsi în Codul civil. Este un mijloc indirect, foarte eficace, pe care îl posedă dreptul francez pentru a asigura executarea în natură, şi anume daunele cominatorii, creaţie pretoriană a jurisprudenţei secolului al XIX-lea. Arogându-şi dreptul de a condamna debitorul care refuză să execute la plata unei

---

[47] *Himmelschein*, **Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen**, AcP (1932) 255 şi urm.

[48] *Himmelschein*, 273 şi urm.

[49] **Supra**, Nr. 57.

[50] Este vorba de BGB.

anumite sume pe zi de întârziere, rezervându-şi dreptul de a interveni, în continuare, pentru a statua în mod definitiv, menţinând condamnarea iniţială[51], diminuând-o sau câteodată chiar mărind-o, în funcţie de buna sau reaua voinţă de care debitorul dă dovadă în executare, tribunalele franceze au creat mijlocul de presiune cel mai eficace pentru a anihila rezistenţa debitorului recalcitrant şi a asigura executarea în natură ori de câte ori acest lucru este posibil din punct de vedere material şi moral.

Nu este şi nu a fost niciodată vorba, în dreptul francez[52], de o transformare automată a obligaţiei de a face sau de a nu face într-o creanţă de daune-interese în urma neexecutării debitorului. Autorii străini n-au putut ajunge la această concluzie decât raportând art. 1142 din Codul civil la antecedentele sale istorice şi interpretându-l în mod abstract şi literal. Prima lor greşeală metodologică este că au interpretat termenul de comparat altfel decât au făcut-o tribunalele şi practicienii francezi. Ei au înlocuit interpretarea specifică ordinii juridice avute în vedere cu propria lor interpretare. A doua lor greşeală metodologică este că nu au studiat termenul de comparat în lumina totalităţii şi în complexitatea izvoarelor dreptului francez. Atunci, s-ar fi putut vedea semnificaţia exactă pe care o atribuie doctrina şi mai ales jurisprudenţa articolului 1142 din Codul civil. A treia greşeală metodologică este că nu au integrat termenul de comparat în ordinea juridică din care face parte, pentru a cunoaşte celelalte instituţii care îl influenţează profund în funcţiile sale. Funcţia exactă a articolului 1142 din Codul civil nu

---

[51] Admise din 1834 de Curtea de Casaţie, *daunele cominatorii* vor evolua fără a rezolva mai multe incertitudini fundamentale. Cea mai recentă criză a izbucnit datorită faptului că, începând din 1949 (cf. *Fréjaville*, **L'astreinte**, D.H. 1949 Chron. 1 şi *Holleaux*, nota D. 1959, II. 537 care plasează în 1951 apariţia concepţiei restrictive în jurisprudenţă), tribunalele admit că, în momentul stabilirii cuantumului, reparaţia ar trebui să fie măsurată în raport cu prejudiciul. Aceasta echivala cu a lipsi daunele cominatorii de orice eficacitate. Reacţia a venit printr-o hotărâre din 1959 (Civ. I[e] Civ. 20 Oct. 1959, D. 1959. 537 nota *Holleaux* = J.C.P. 1960, II. 11449 nota *P. Mazeaud*) dată în urma raportului Consilierului *Holleaux*. Această hotărâre le conferea daunelor cominatorii funcţiile şi raţiunile lor de a fi: "daunele cominatorii provizorii, *măsură de constrângere* în întregime distinctă de daunele-interese, *şi care nu sunt decât un mijloc de a învinge rezistenţa*, nu au ca obiect compensarea prejudiciului provenit din întârziere iar cuantumul lor este în mod normal stabilit în funcţie de gravitatea culpei debitorului recalcitrant şi de facultăţile sale". Dar nu toate rezistenţele par a fi învinse. (Cf. *A. Tunc*, **Le renouveau de l'astreinte en droit français**, **Festschrift für Otto Riese**, Karlsruhe 1964, 402; *Rassat*, **L'astreinte définitive**, J.C.P. 1967. 1, 2069).

[52] Din 1857, Curtea de Casaţie (Req. 25 martie 1857, D. 1857. I. 213) afirmă că obligaţia are ca unic obiect faptul promis. Ea nu este deci nici alternativă nici facultativă.

poate fi înţeleasă dacă se ignoră importanţa practică şi rolul pe care îl joacă teoria daunelor cominatorii, instituţie diferită dar apropiată, care completează şi modifică profund acţiunea art. 1142 din Codul civil.

Secţiunea a III-a

AL DOILEA MOTIV

79. INFLUENŢA EXERCITATĂ DE ELEMENTELE DETERMINANTE

Ca macro-organism, ordinea juridică marchează, cu amprenta sa, prin elementele sale determinante, micro-organismele, particulele juridice elementare. Într-adevăr, acestea alcătuiesc ansambluri organice dispuse după o ordine coerentă, în care unele particule juridice, elementele determinante, joacă un rol preponderent datorită faptului că ele ocupă un loc central şi că pot influenţa ansamblul sau o parte foarte importantă a ordinii juridice respective. Elementele determinante constituie, în fond, caracteristicile care specifică şi diferenţiază Sistemele între ele[53]. Prin urmare, ele diferă profund de la un Sistem la altul.

Orice ordine şi orice Sistem juridic este expresia nu numai a unei anumite *logici* şi a unei *concepţii dogmatice*. Acesta este aspectul cel mai vizibil, însă cel mai puţin important. Dreptul pozitiv este mai ales expresia unei anumite concepţii asupra vieţii, societăţii şi omului, în cele din urmă a unei scări de valori. Ca atare, el este purtătorul sau vehiculul, oficial sau implicit, al unei anumite ideologii, al unei anumite concepţii sociale, morale şi politice. Această scară de valori implicită este exprimată în modul cel mai sigur de elementele determinante. Potrivit împrejurărilor, ele luminează o mare parte, sau toate instituţiile ordinii juridice, cu o lumină interioară şi centrală, clară sau difuză. Comparatistul trebuie să cunoască lumina aceasta, deci elementele determinante, ca să înţeleagă în mod real o instituţie străină ce poate fi influenţată direct sau indirect de către aceste elemente. Lucrul devine evident atunci când se compară instituţii juridice care fac parte din Sisteme diferite[54]. Fără cunoaşterea elementelor determinante, acest gen de comparare devine, după părerea mea, imposibil. Astfel, de

---

[53] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 91.

[54] *Loeber*, **Der Vertrag**, 3 şi urm. şi **supra**, Nr. 22 şi urm. şi 39. A se vedea mai ales autorii *socialişti* citaţi **supra**, Nr. 8 şi 39.

exemplu, Sistemul european ar căpăta un cu totul alt aspect dacă ar fi interpretat pe baza unei alte ideologii şi într-un alt spirit decât cel al ideologiei liberale ce este implicită. Juriştii occidentali, obişnuiţi numai cu Sistemul lor, îşi dau seama de acest lucru cu greu, având în vedere caracterul difuz, implicit şi liber al acestei ideologii. Dacă facem abstracţie de o parte a sovietologilor şi a islamologilor, juriştii occidentali au înţeles puţin din caracterul original al dreptului *socialist* şi musulman deoarece ei au ignorat elementele lor determinante, şi le-au interpretat prin prisma elementelor determinante ale propriilor lor ordini juridice.

Una din principalele diferenţe ce separă Sistemul european de Sistemul *socialist* constă tocmai în existenţa unei ideologii oficiale. Nici una din ordinile juridice ale Sistemului nostru nu cunoaşte şi nu se bazează pe o doctrină *oficială.* Teoriile expuse în rarele cursuri despre filozofia dreptului reprezintă rodul cercetărilor personale, se deosebesc de la o catedră la alta şi nu au nici o legătură cu o gândire oficială, care - de altfel - nu este cunoscută de statele noastre. Dimpotrivă, în Sistemul *socialist* există o concepţie despre drept aprobată *oficial* de partid şi de stat. Misiunea sa este nu numai de a explica, ci şi de a *dirija* elaborarea şi evoluţia dreptului, deci întreaga activitate a legiuitorului, "a autorităţilor administrative, a comunităţilor locale sau profesionale şi a tribunalelor"[55], precum şi a doctrinei. De aceea, pentru a cunoaşte ordinile juridice *socialiste*, este indispensabil să se cunoască elementele lor determinante, ideologia lor precum şi spiritul pe care ea îl răspândeşte şi care influenţează întreg dreptul. Fără aceasta, a vrea să cunoşti ordinile juridice *socialiste* ar echivala, după cum a spus *Renard*[56], cu a vrea să studiezi dreptul canonic fără a cunoaşte religia creştină. Mai mult decât soluţiile tehnice pe care le propun, cea care le inspiră şi le slujeşte este doctrina oficială, care dă acestor ordini juridice adevăratul lor sens. Este datoria comparatistului să cunoască ideologia specifică ordinii juridice pe care o studiază, să măsoare poziţia şi rolul exact jucat de ea şi să interpreteze acest drept în lumina spiritului său. Comparatiştii, în contact cu Sistemele juridice supuse orientării tutelare a unei religii sau a unei ideologii sau doctrine oficiale, par că încep să înţeleagă acest lucru. Însemnătatea elementelor determinante a fost deja demonstrată de influenţa pe care ele o exercită asupra diverselor demersuri metodologice. Influenţa pe care ele o exercită asupra instituţiilor oricărei ordini juridice îşi schimbă intensitatea şi forma, însă ea

[55] *René David*, **Le droit soviétique**, I, 85.

[56] *R.C. Renard*, **La contribution du droit canonique au droit comparé (Recueil Lambert)** I, 108.

rămâne sigură. Astfel, de exemplu, doctrina oficială, principiul unităţii puterii, rolul statului şi al partidului sunt cele care explică structura şi funcţia instituţiilor dreptului constituţional şi, prin aceasta însăşi, diferenţele care, în ciuda asemănărilor formale şi aparente, fac să se deosebească instituţiile din ordinile juridice *socialiste* de instituţiile echivalente[57] ale Sistemelor anglo-american, european şi islamic. Dar influenţa elementelor determinante se exercită în fiecare ordine juridică asupra unei mari părţi a elementelor sale. Exemplele sunt atât de numeroase încât orice ilustrare a lor este imposibilă în cadrul acestui volum[58].

Secţiunea a IV-a

AL TREILEA MOTIV

80. INFLUENŢA FACTORILOR EXTRA-JURIDICI ASUPRA APARIŢIEI, STRUCTURII SAU FUNCŢIEI TERMENILOR DE COMPARAT

Cunoaşterea elementelor extra-juridice este importantă pentru comparatist. Într-adevăr, nu se mai aduc jertfe zeilor morţi ai *ştiinţei conceptelor* sau şcolii desuete a unui drept natural, care concepe dreptul ca o disciplină abstractă şi detaşată de realitatea socială. Cel puţin de la *Jhering*, *Saleilles* şi *Duguit* şi fără a face apel la sociologia juridică, se ştie că dreptul se înalţă pe un fundament social, că el are o funcţie socială şi că este imposibil să se izoleze dreptul[59] de *substratum*-ul său social.

Factori extra-juridici pot exercita o influenţă deosebită asupra unei legi sau asupra unei instituţii juridice date. Dar, deoarece legile nu poartă în ele însele raţiunile lor de a fi, textele lor nu spun nimic, sau spun puţin despre raţiunile lor de a fi, despre cauzele ce au determinat apariţia lor sau despre factorii care le-au precizat funcţia. Adesea,

[57] Ceea ce autorii *socialişti* subliniază pe drept cuvânt.

[58] Al treilea volum va fi consacrat examinării acestor probleme.

[59] Criticându-i pe istoricii care reduseseră dreptul roman la istoria dogmelor şi a teoriilor, adică la expunerea legilor şi a doctrinei, uitând de examinarea dreptului în realitatea sa socială, *Jhering* (I, 56) scrie: "Das Dogma entbehrt dabei seines lebendigen Hintergrundes, es ist herausgerissen aus seinem Zusammenhang mit der tatsächlichen Welt, in der es den Grund und die Voraussetzung seiner Existenz und damit seine Rechtfertigung und sein Verständnis fand".

instituţii şi reguli juridice sunt legate din punct de vedere temporal. Ele răspund pe plan juridic unei nevoi precise resimţite pe planul economic sau politic într-un anumit moment sau într-o situaţie dată. Ca să înţeleagă termenul de comparat, comparatistul este obligat să cerceteze aceşti factori extra-juridici care explică apariţia sau funcţiile sale. Astfel, de exemplu, legea *Faillot* din 21 ianuarie 1918 şi decretul din 22 noiembrie 1944 în Franţa se explică datorită războiului. Atât legea cât şi decretul proveneau din voinţa de a permite contractelor încheiate înainte de război să se adapteze dificultăţilor în ce priveşte executarea care rezultau din acesta. Legea din 19 iulie 1917 se explică în Marea Britanie[60] prin aceleaşi motive. Legea le permitea judecătorilor să intervină în existenţa contractului, fie pentru a-l suspenda, fie pentru a-l revizui, fie pentru a exonera debitorul de răspunderea sa atunci când, în urma războiului, executarea devenise foarte dificilă sau oneroasă. *Law Reform Act* (*Frustrated Contracts*)[61] din 1943 se explică prin aceleaşi motive. Reforma monetară din 1948 din Germania care a avut repercusiuni importante asupra dreptului obligaţiilor[62] se explică prin situaţia economică a ţării.

Factori sociali sau de politică socială explică uneori teorii juridice precum şi interpretări jurisprudenţiale date de tribunale unor instituţii juridice. În alte situaţii, aceiaşi factori duc la elaborarea unei legi. Astfel, teoria riscului n-a întâmpinat nici un obstacol pentru a se implanta devreme în materie de răspundere pentru accidentele de muncă în Germania. Explicaţia se găseşte în faptul că faimoasa *Reichshaftpflichtgesetz* din 1870 întemeiase răspunderea, în cazurile acelea, pe ideea de risc. La rândul ei, această lege fusese introdusă de *Bismarck* din motive de tactică politică internă. Atunci când comparatistul constată că în Belgia, pe la 1883, doctrina[63] adoptase o soluţie ce supunea accidentele de muncă răspunderii contractuale, soluţie care, prin răsturnarea sarcinii probei, uşura poziţia juridică a victimelor, el nu va putea să înţeleagă importanţa şi semnificaţia acestei mişcări fără a-i examina şi a-i scoate la iveală cauzele. Or, aceste cauze sunt toate de natură extra-juridică. Ele se găsesc, pe de o parte, în numărul tot mai mare al accidentelor de muncă, datorate progresului maşinismului, şi ale căror victime erau muncitorii iar, pe de altă parte, în voinţa de a le permite victimelor să

---

[60] 7 şi 8 Geo. V, c. 25.

[61] 6 şi 7 Geo. VI, c. 4.

[62] A se vedea îndeosebi frumoasa teză a lui *Pedamon*, **La Réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations** (Paris 1956).

[63] *Marc Sauzet*, **De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels**, RCLJ 1883, 596 şi urm. şi 677 şi urm. şi *Sainctelette*, **De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail** (Paris, Bruxelles 1884).

ajungă mai uşor la o despăgubire. În Franţa, tendinţa aceasta devine clară odată cu *Saleilles*[64] şi cu *Josserand*[65] care, pe baza art. 1384 alineatul 1 din Codul civil, le propuneau tribunalelor un nou principiu al răspunderii care înlocuia culpa cu riscul determinat de orice activitate aducătoare de profit[66]. Soluţia doctrinei nu se explică prin texte ci prin motive extra-juridice care îşi găsesc fundamentul în progresul industrial şi în voinţa de a ajuta pe această cale muncitorii. Atunci când comparatistul va constata că apoi această mişcare jurisprudenţială a fost abandonată în Franţa, va trebui să se întrebe de ce. Răspunsul va fi dat de un alt eveniment: promulgarea legii cu privire la accidentele de muncă din 1898. Aceasta îşi afla cauza în voinţa legiuitorului de a da un fundament legislativ ameliorărilor juridice propuse de doctrină şi acceptate în parte de jurisprudenţă.

A cunoaşte jocul complex al acestor factori extra-juridici înseamnă, la urma urmei, a înţelege condiţiile *reale* în care aceste instituţii juridice[67] au fost create, s-au format şi funcţionează. Toate elementele care, în mod direct sau indirect, participă (sau sunt puse în joc) de apariţia conflictului pe plan juridic, trebuie să fie examinate, spre a înţelege termenul de comparat străin şi aceasta oricare ar fi planul (economic, social, politic, etc.) pe care ele apar[68]. Adesea, astfel de elemente extra-juridice sunt cele care, mai bine decât orice alt lucru, explică formarea sau funcţia, succesul sau eşecul, folosirea rară sau frecventă a unei reguli sau a unei instituţii juridice. Tot ele explică deseori asemănările sau diferenţele constatate între termenii de comparat. Examinarea lor este indispensabilă întrucât, fără ea, studiul comparativ va risca să fie formal, superficial sau va duce la concluzii eronate.

---

[64] *Saleilles*, **Les accidents de travail et la responsabilité civile** (Paris 1897); *acelaşi*, notă la D. 1896. 1. 433; *acelaşi*, **La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada**, RTDC 1911, 23 şi urm. La nota aceasta va recurge, în 1930, procurorul general *Matter* pentru a interpreta art. 1384 alineat 1 din Codul civil în sensul unei *prezumţii* de responsabilitate.

[65] *Josserand*, **La responsabilité du fait des choses inanimées** (Paris 1897); *acelaşi*, note la D. 1900. 2. 289 şi la D. 1904. 2. 257.

[66] *Saleilles* întemeia răspunderea pe *riscul profesional* care era un *risc industrial*, ce îi revenea celui care deţine *conducerea* şi şansele de profit. *Josserand* propunea ca principiu general al răspunderii *riscul creat*.

[67] *Kaiser*, 402 şi urm.; *Strebel*, 411.

[68] În acest sens *Gessner*, 237 şi autorii pe care el îi citează aici.

Secțiunea a V-a

AL PATRULEA MOTIV

81. IZVOARELE SOCIALE ALE DREPTULUI POZITIV

Compararea este evident că nu poate să se limiteze la planul tehnic, chiar dacă metoda comparativă poate fi aplicată în acest domeniu cu cea mai mare siguranţă. Limitată la acest plan, compararea rămâne superficială; ea sesizează dreptul în partea lui formulată şi pozitivă, însă exterioară. Izvoarele sociale ale dreptului, care se află în partea aceasta a frontierei, fluidă şi imprecisă, ce desparte domeniul *dat*-ului de domeniul *construit*-ului[69], rămân în principiu în afara cercetării. Totuşi, izvoarele formale exprimă dreptul mai mult decât îl elaborează, revelându-l mai mult decât îl creează[70]. Izvorul, scria *Cornil*[71], cu alte cuvinte "punctul de ţâşnire a apei în afara pământului, presupune existenţa unei pânze de apă în interiorul solului: izvorul nu produce apa care îl alimentează, ci se mărgineşte să-i dezvăluie exterior existenţa. În mod asemănător, izvoarele dreptului sunt factori nu de generare a dreptului, ci doar de revelare a dreptului dinainte format". Afirmaţia este exactă mai mult pentru trecut decât pentru prezent, adică pentru un timp în care elaborarea dreptului, mai naturală decât astăzi, depindea de o maturizare socială. Ea rămâne mai exactă pentru Sistemele anglo-american şi european decât pentru Sistemul *socialist* în care dreptul are mai ales o valoare instrumentală şi depinde direct de voinţa partidului şi nu de maturizarea socială.

Limitată la aspectul ei pozitiv, norma juridică străină poate să-i pară de neînţeles comparatistului care ignoră realitatea socială[72] a cărei

---

[69] *Gény*, **Science et technique**.

[70] Aceasta încă nu înseamnă că se reia opinia sociologiei juridice sau cea a lui *Ehrlich* (**Grundlegung der Soziologie des Rechts**, Prefaţă) potrivit căruia impulsia evoluţiei juridice din toate timpurile se găseşte "weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz, sondern in der Gesellschaft selbst". De altfel, după aceea,*Ehrlich* a nuanţat această afirmaţie.

[71] *Cornil*, 364.

[72] *Lee*, loc. cit.; *Schmitthoff*, 97; *Escarra*, 304; *Roscoe Pound* (**Law in Books**, 12), în acelaşi timp comparatist şi şef al şcolii sociologice, a contribuit de asemenea la orientarea metodei comparative spre cercetarea sociologică a dreptului. Aceasta i-a deschis comparării căi noi şi i-a permis să înţeleagă regula de drept prin fundamentele sale sociologice. A se vedea*Lepaulle*, **The Function of Comparative Law**, 838 şi urm. A se vedea şi *Reich*, **Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas** (1967) 58 şi urm. Comparatiştii Sistemului *socialist* sunt unanimi în această privinţă.

expresie este. Comparatistul nu poate reconstitui cu ajutorul logicii ansamblul de date sociale, jocul factorilor politici şi economici, influenţa reciprocă a componentelor şi echilibrul complex al acţiunilor şi reacţiilor acestor factori a căror rezultantă finală şi vizibilă este dreptul pozitiv. Produs al societăţii[73] care l-a elaborat, dreptul reprezintă în mod necesar o parte din procesul ciclic, în perpetuă mişcare, ce leagă *dat*-ul pre-juridic de *construit*-ul juridic[74]. Într-adevăr, există un întreg ciclu ce se formează şi care merge de la dreptul pozitiv la realitatea socială şi invers. Din creuzetul social obscur în care se înfruntă factorii pre-juridici şi în care fermentarea datelor face să încolţească dreptul, acesta ajunge în plină lumină în momentul în care îmbracă formele pe care i le oferă tehnica. Prin aplicarea sa, el va recădea din nou în creuzetul social unde, la rândul său, va fecunda elementele date[75].

Trebuie să reamintim că *Heck*[76] aşeza în centrul dezbaterii despre metoda de interpretare influenţa dreptului asupra vieţii aşa cum această influenţă a fost transmisă prin decizia judiciară din această speţă.

Acest drept nu este numai tehnic, nici în mod unic *dat*. În trecerea continuă de la dreptul formulat la realitatea socială[77] şi invers, dreptul reface ciclul[78] apei ce cade sub formă de ploaie ca să fecundeze pământul de unde ea se evaporă ca să formeze norii înainte de a cădea

---

[73] Observaţie banală, dar care a trebuit să-l aştepte pe *Jhering* şi acea *pragmatische Jurisprudenz*, în Germania, şi pe *Saleilles*, în Franţa, pentru a fi acceptată.

[74] *Gény*, **Science et technique en droit privé positif**. A se vedea **infra**, Nr. 83, nota 94.

[75] Este indispensabil pentru metoda comparativă să se examineze realitatea ce se află în spatele izvoarelor formale de drept. *Drobnig*, **Method of sociological Research**, 497. Într-adevăr, ordinea socială constituie baza ordinii juridice (*Roubier*, **L'ordre juridique**, 9 şi urm.). Totuşi, a recunoaşte existenţa raporturilor reciproce care leagă dreptul de societate - ceea ce sociologia juridică subliniază - nu înseamnă a-i refuza dreptului o oarecare autonomie. Conţinutul şi forma regulii de drept nu sunt nişte *constante*, ci nişte *variabile*. Scara de valori se interpune, deşi în mod invizibil, ca un filtru între necesitatea socială şi regula de drept. Soluţia juridică aleasă şi forma sa depind de modul în care scara de valori concepe, apreciază şi înţelege să satisfacă această nevoie.

[76] *Heck*, **Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz** (Tübingen 1932) 31, vorbeşte de "Einwirkung des Rechts auf das Leben, wie sie durch die richterliche Fallentscheidung vermittelt wird".

[77] Ar fi interesant dacă sociologia juridică ar putea lămuri în ce măsură, dincolo de comportamentul social în Sistemul nostru, dreptul modifică unele date pre-juridice ce se află la baza sa. A se vedea de asemenea *Ascarelli*, 56 şi urm.

[78] Ar fi rolul sociologiei juridice să exploreze în mod sistematic şi comparat acest proces atât de important pentru rădăcina socială a dreptului şi atât de ignorat de către jurişti. Până în prezent, sociologia juridică nu a răspuns acestei aşteptări. A se vedea **infra**, Nr. 84.

din nou sub formă de ploaie. Ca şi ea, în cursul ciclului său, dreptul este vizibil în timpul câtorva faze, invizibil în altele. Ca să judecăm acest fenomen, trebuie să-l înţelegem şi ca să-l înţelegem, trebuie să-l sesizăm în totalitatea sa. Cunoaşterea unei părţi a fenomenului duce la o înţelegere parţială. Ca şi hidrologii care, înainte de a trece de la cunoaşterea fenomenelor vizibile la cercetarea cauzelor invizibile, fuseseră nevoiţi să admită că trebuie să asimileze ploii zăpada şi vaporii care, deşi au alte forme, sunt elemente de aceeaşi natură şi funcţie, comparatiştii de la sfârşitul secolului trecut au fost nevoiţi să admită că legii trebuia să i se asimileze[79] jurisprudenţa, cutumele şi uzanţele ca forme de drept[80]. Ca şi hidrologii, care au admis că înainte de a cădea sub formă de ploaie apa se evaporă şi se concentrează în norii din care, în anumite condiţii, ea se precipită, juriştii s-au văzut nevoiţi să recunoască faptul că, în societăţile moderne, dreptul nu cade din cer sau nu decurge numai din voinţa legiuitorului şi că înainte de a fi precipitat sub forma legii un ansamblu de factori de natură diversă precum şi o pluralitate de componente, în sensul larg al termenului, fermentează, luptă, cooperează şi se înfruntă în elaborarea şi în formarea a ceea ce va deveni regula de drept pozitiv.

Totodată, aceste observaţii, astăzi banale, nu au reuşit să iasă din starea de idei generale. Examinarea raporturilor ordinii juridice cu mediul social rămâne încă de făcut. Apariţia şi dezvoltarea sociologiei juridice ar fi putut arunca asupra dreptului lumina unei zile noi, prin examinarea relaţiilor efective ale dreptului cu societatea şi a legăturilor lor reciproce. Dar sociologia juridică pare să fi fost preocupată mai ales să-şi afirme autonomia sa ştiinţifică, deci să-şi definească obiectul[81] şi să-şi precizeze raporturile cu ştiinţele învecinate[82]. Astfel ea s-a dezvoltat aproape fără contact cu ştiinţa juridică şi cu metodele sale[83] pentru a reprezenta, în cele din urmă, ceva străin juriştilor. În ciuda numeroa-

---

[79] Dimpotrivă, sociologia juridică nu se mulţumeşte cu aceste constatări. *Lévy-Bruhl* (**Sociologie du droit**, Paris 1964, 40) scrie: "Dimpotrivă, pentru sociolog, izvoarele formale ale dreptului, pe care le disting juriştii, nu sunt decât variaţii ale unuia şi aceluiaşi izvor, care este voinţa grupului social". *Carbonnier* (**Sociologie juridique**, 112) precizează: "dreptul este mai mare decât ansamblul izvoarelor formale ale dreptului".

[80] După cum s-a arătat deja, analiza termenului de comparat aşa cum este implică examinarea sa în cadrul legii, al jurisprudenţei, al doctrinei şi al practicii. A se vedea **supra**, Nr. 48 şi passim.

[81] A se vedea, de exemplu, *G. Gurvitch*, **Eléments de sociologie juridique** (Paris 1940) 24 şi urm.

[82] Fără a reuşi totuşi prea mult acest lucru: *Karlheinz Knauthe*, **Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie** (Berlin 1968) 34 cu probe în sprijinul său.

[83] *Thomas Raiser*, **Was nützt die Soziologie dem Recht?** JZ 1970, 665.

selor puncte de contact şi în ciuda necesităţii, indispensabilă aproape în dreptul comparat, de a completa analiza juridică printr-un examen sociologic[84], în sensul larg al termenului, trebuie să constatăm că dreptul şi sociologia juridică par a rămâne închise în turnul lor de fildeş[85]. Principalele opere ale sociologiei juridice cum ar fi acelea ale lui *Ehrlich*, *Max Weber* şi *Geiger* în Germania sau cele ale lui *Durkheim*, *Gurvitch* şi *Lévy-Bruhl* în Franţa au rămas fără influenţă asupra ştiinţei juridice. Observaţia aceasta este exactă chiar şi pentru Statele Unite unde lucrările de sociologie juridică, poate mai avansate, sunt, în orice caz, mult mai numeroase. Astfel, comparatistul, în partea aceasta a cercetării comparative, rămâne dependent de modestele sale mijloace juridice. Aceasta însă nu înseamnă că pentru a ieşi din acest impas trebuie să se admită că dreptul comparat se confundă cu sociologia juridică[86], sau că dreptul nu este decât o oglindă pasivă a realităţii concrete sau un oficiu de înregistrare a faptelor[87]. În realitate, orice regulă juridică presupune o decizie bazată pe o scară de valori. Orice normă juridică presupune o alegere făcută între mai multe soluţii posibile, fiecare exprimând şi slujind alte valori şi interese. Examinarea normei juridice făcută din punct de vedere al *dat*-ului permite înţelegerea mai bună a valorii alese, deci alegerea unei anumite valori în locul alteia.

82. Raporturile dat-ului cu elementele determinante

Maniera aceasta de a concepe dreptul, pe care dreptul comparat a contribuit să o descopere, refuză să stabilească postulate juridice în stratosfera speculaţiei abstracte, aşa cum făcuse *ştiinţa conceptelor* şi o anumită concepţie comparativă a filozofiei dreptului. Bineînţeles, nu este vorba nici de a analiza dreptul ca un fapt social, aşa cum procedează o anumită şcoală sociologică, ci de a-l considera ca fiind expresia unei realităţi istorico-politice şi socio-economice. A înţelege acest drept înseamnă de asemenea a examina factorii care îl explică. Într-adevăr, între fiecare ordine juridică şi mediul ei înconjurător există relaţii ascunse sau implicite, esoterice sau subînţelese. Ele sunt naturale

---

[84] Acesta este destinat să descopere şi să precizeze faptele a căror influenţă explică modificările sau caracteristicile constatate în termenul de comparat.

[85] *T. Raiser*, 671. Modul în care *Carbonnier* (**Le droit civil**) examinează şi expune fenomenul juridic constituie o excepţie fericită.

[86] A se vedea **infra**, Nr. 84.

[87] A se vedea, în acelaşi sens, *F. Brecher*, AcP 1971, 380.

şi evidente pentru juristul naţional care le cunoaşte fără să le fi studiat[88] şi asupra cărora i se pare de prisos[89] să insiste. Comparatistul se află într-o altă situaţie şi această concepţie despre drept îl obligă la un alt demers metodologic. El are nevoie neapărat să cunoască aceşti factori, chiar dacă sunt greu de perceput. Ca să înţeleagă o ordine juridică, el este obligat să cerceteze şi să perceapă relaţiile ascunse ce leagă ordinea juridică de mediul său înconjurător[90]. Deoarece nu există drept *pur*, elaborat în afara istoriei sale, deci în afara contextului său social, economic, politic, ideologic, cultural. Din punct de vedere metodologic, aceasta înseamnă că el, comparatistul, trebuie să integreze ordinea juridică în cadrul istoriei sale şi în ambianţa ei socială[91], economică şi politică.

---

[88] *David*, **Traité**, 23; *R. Savatier*, **Les métamorphoses économiques**, Seria a doua, II, 313.

[89] Deja *Jhering*, (I, 57) subliniase acest lucru. A se vedea de asemenea *Strebel*, 412 şi urm. şi *Bernhardt*, 441.

[90] Datorită concepţiei marxist-leniniste a dreptului, comparatiştii Sistemului *socialist* se găseau, încă de la început, într-o poziţie avantajoasă, în acest domeniu. Înfăţişând dreptul ca suprastructura infrastructurii economice, această concepţie a pus, încă de la început, dreptul în relaţie cu fundamentul său social şi a subliniat importanţa condiţionării sociale a dreptului. Căci, potrivit acestei concepţii, dreptul nu poate fi cunoscut prin el însuşi, ci doar prin cunoaşterea raporturilor sociale care îl determină. Aceasta explică de ce aceşti comparatişti insistă asupra necesităţii metodologice de a investiga mediul extra-juridic. Să-i citãm cu titlu de exemplu printre toţi ceilalţi pe: *Blagojevici* (şi *Jovicici*) **Livre du Centenaire**, II, 610 şi *Viktor Knapp*, ibid, 537. Acesta din urmă (loc. cit.) precizează că de aceea regula de drept trebuie să fie examinată pe planul normativ, în raporturile sociale care o determină precum şi în aplicarea sa concretă. Aceste exigenţe metodologice coincid cu nevoile metodei comparative, aşa cum o concepem noi.

[91] *Tarde* (**Le droit comparé et la sociologie**, **Procès-verbaux**, I, 438) subliniase deja necesitatea pentru metoda comparativă de a lărgi cadrul investigaţiilor sale, pentru a îngloba domeniul sociologiei: "În realitate, când, în zilele noastre, ne ocupăm de Dreptul comparat, este imposibil să nu facem Sociologie, cu bună ştiinţă sau fără să vrem. Şi riscăm foarte mult să facem sociologie foarte proastă atunci când o facem fără să ştim". *Lambert* (**Rapport général**, **Procès-verbaux**, I, 35) mergea mai departe şi se întreba dacă "dreptul comparat, considerat ca o ştiinţă a manifestărilor vieţii juridice, nu este chiar sociologia juridică însăşi, stabilită pe baze experimentale"... În realitate, dreptul comparat se deosebeşte de sociologie. Aceasta încearcă să descopere legile care diriguiesc viaţa societăţilor observând toate manifestările vieţii sociale, inclusiv dreptul, în timp ce dreptul comparat se mulţumeşte să studieze o singură manifestare a vieţii sociale, dreptul. Dar trebuie să cercetăm toate fenomenele sociale care sunt în strânsă legătură cu dreptul şi care pot duce la o mai bună cunoaştere a dreptului: *Fontana*, 55. În acelaşi sens, printre mulţi alţii, *K. Neumayer*, 421 şi urm.

A afirma necesitatea de a cunoaşte ordinea juridică străină în cadrul mediului său înconjurător este simplu. Nu-i putem însă cere comparatistului să ştie totul în privinţa ordinii juridice străine aşa cum este cazul juristului naţional, deoarece atunci nu ar mai fi vorba de comparare juridică. De aceea marea problemă este de a şti până unde trebuie să meargă această cunoaştere a ordinii juridice în cadrul mediului său înconjurător? La întrebarea aceasta, nu e posibil să dăm un răspuns general valabil. Totuşi, nu trebuie să ignorăm că cei mai importanţi dintre factorii extra-juridici se înscriu în ordinea juridică în calitate de elemente determinante. Factorii aceştia se află la limita dintre *dat* şi *construit*. Ei reprezintă fundamentul pe care, în mod clar şi conştient, ca în Sistemul *socialist*, sau în mod obscur şi inconştient, ca în celelalte Sisteme, se construieşte ordinea juridică. Elementele determinante sunt reflexul juridic cel mai important şi cel mai direct al factorilor de natură istorică şi politică, economică şi socială, ideologică şi dogmatică. Întrucât, în cele din urmă, orice ordine juridică se defineşte prin aceste elemente determinante.

În acest domeniu, dificultăţile comparării juridice au o dublă cauză. Pe de o parte, ele se datorează faptului că elementele determinante exercită o influenţă, sigură deşi variabilă şi ne-măsurabilă, asupra celor mai multe particule juridice. Pe de altă parte, faptului că raporturile elementelor determinante cu *dat*-ul prejuridic sunt variate şi nesigure; ele pot îmbrăca forme ce se schimbă de la un Sistem la altul. Totodată, raporturile *dat*-ului şi ale *construit*-ului, adică ale factorilor extra-juridici şi ale ordinii juridice, pun o problemă mai generală.

83. Elemente şi factori care constituie dat-ul

A confrunta termenii de comparat înseamnă mai întâi a pune faţă în faţă particule juridice elementare care fac parte din dreptul pozitiv, deci din partea vizibilă a ciclului juridic. Apoi, înseamnă a apropia cele două ordini juridice respective pentru a înţelege aceste particule în propriul lor plan de referinţă, şi pentru a vedea care sunt raporturile termenilor de comparat cu ordinile lor juridice care le influenţează structurile şi funcţiile. În fine, înseamnă a înţelege ordinile juridice în cadrul mediului lor înconjurător, deci în perspectiva raporturilor principalilor factori sociali cu ordinea juridică.

Limitată la primul aspect, compararea nu este decât o operaţie parţială ce dezvăluie aproape exclusiv raporturi de natură tehnică. Această apropiere se mulţumeşte cu analiza realităţii vizibile a termenului de comparat. Ea lasă în afara cercetării toată partea invizibilă a

dreptului şi mai ales datele esenţiale ce duc la formarea şi, prin aceasta, la explicarea ordinilor juridice înfăţişate precum şi a elementelor lor determinante. Numai examinarea mediului înconjurător, a ordinii sociale şi a ansamblului datelor extra-juridice, care au contribuit la formarea ordinii juridice, sunt cele care dezvăluie relaţiile ascunse între datele prejuridice. Această examinare îi face de înţeles termenul de comparat comparatistului[92].

Numai în urma unei lente evoluţii s-a înţeles importanţa *dat*-ului extra-juridic pentru *construit*-ul juridic. Ştiinţa juridică europeană mai veche dădea aproape impresia că elementele fenomenului juridic aparţin mai degrabă domeniului fenomenelor naturale. Pentru şcoala dreptului natural şi pentru interpretarea metafizică a dreptului ele erau de esenţă divină, naturală sau raţională. Raţionalismul şi şcoala istorică le-au dat o bază mai concretă. De la sfârşitul secolului al XVIII-lea, şi în pas cu marile codificări, statul şi Parlamentul şi-au însuşit, în numele raţiunii şi al suveranităţii populare, elaborarea tehnică şi formularea legislativă a dreptului. Partea naturală a fenomenului juridic era închisă într-un domeniu misterios care se oprea la izvoarele pozitive ale dreptului. Totuşi, în felul acesta, a fost disociat dreptul pozitiv de izvoarele sale sociale; s-a separat *construit*-ul de *dat*. Dar a ignora partea şi factorii invizibili înseamnă a reduce dreptul doar la aspectul său pozitiv. O dată cu progresul dogmei potrivit căreia legea este expresia voinţei populare, iar Parlamentul organul său de exprimare, domeniul factorilor prejuridici şi invizibili a fost din ce în ce mai puţin luat în seamă; maturizarea socială a normei juridice din ce în ce mai mult înlocuită printr-o elaborare dirijată de necesităţile statale şi de voinţa politică a partidelor şi a Parlamentului. O reacţie salutară a făcut să se înţeleagă progresiv importanţa *substratum*-ului social şi a datelor prejuridice pentru drept.

Problema i se pune în termeni mai simpli juristului naţional care cunoaşte, chiar fără să-i fi studiat, majoritatea acestor factori. Dimpotrivă, pentru comparatist, cunoaşterea lor devine o necesitate metodologică deoarece "nu putem înţelege *construit*-ul fără a cunoaşte *dat*-ul"[93]. Totuşi, nu există un acord asupra a ceea ce trebuie înţeles prin *dat* şi elementele

[92] *Drobnig*, **Methods of Sociological Research**, 497.

[93] *Herzog*, 340. Totuşi, nu este vorba de o particularitate a metodei comparative în dreptul penal. Este o regulă specifică însăşi metodei comparative.

pe care le conţine. *Gény*[94], care propusese această distincţie rămasă celebră, dădea acestor termeni un conţinut diferit de acela pe care alţi autori şi noi înşine li-l atribuim. Este evident că aceste elemente date nu sunt aceleaşi pentru toate ramurile dreptului şi că ele nu influenţează în acelaşi mod fiecare parte a ordinii juridice. Unele elemente date sunt specifice anumitor părţi sau ramuri ale dreptului. Astfel, elementele date ale dreptului penal[95] sunt parţial diferite de cele ale dreptului administrativ şi constituţional[96] sau ale dreptului economic. Oricum, această noţiune conţine în primul rând elemente de natură istorică ce explică anumite concepţii despre drept şi anumite reacţii ale societăţii respective, confruntată în anumite epoci cu anumite probleme. A recunoaşte *istoricitatea*, prin urmare dimensiunea istorică a dreptului, înseamnă a admite pur şi simplu că fenomenul juridic parţial, cum sunt instituţiile juridice, sau global, cum sunt ordinile juridice, este *condiţionat*; că nu

---

[94] După părerea lui *Gény*, *dat*-ul, element brut pe care tehnica trebuie să-l amenajeze, comandă *construit*-ul, în sensul că el constituie baza sa esenţială. *Dat*-ul capătă diverse forme (**Science et technique**, II, Nr. 166 şi urm.) printre care *Gény* menţionează mai întâi *elementele date reale* sau *strict naturale*, care constau "în condiţiile de fapt în care se află plasată umanitatea". Ar fi poate mai bine să se păstreze acest termen pentru elementele date materiale, cu alte cuvinte pentru elementele date geografice, de climă şi pentru elementele date ale geografiei economice. *Gény* subliniază că aceste elemente date nu creează în mod direct regulile, ci le precizează conturul deoarece ele alcătuiesc mediul necesar. (**Science et technique**, II, Nr. 167). Pe aceste elemente date reale se grefează un *dat* istoric de natură juridică întrucât acesta este reprezentat de dreptul moştenit din trecut şi care li se impune juriştilor nu ca un fapt, ci ca o autoritate. (**Science et technique**, II, Nr. 168). Un alt *dat* care are o valoare preponderentă este *dat*-ul *raţional* ce reprezintă "fondul esenţial al dreptului natural clasic net degajat de orice amestec... Există într-adevăr reguli de conduită (mai ales în ordinea juridică) pe care raţiunea le desprinde din natura omului şi din contactul său cu lumea. Atâta timp cât ele sunt cu adevărat impuse spiritului şi corespund pentru el cerinţelor celor mai evidente ale lucrurilor - cu semnele ce disting preceptele dreptului - ele prezintă un caracter de necesitate, şi în acelaşi timp de universalitate şi de imuabilitate, ce le individualizează şi le acordă un loc superior printre regulile juridice". (**Science et technique**, II, Nr. 169). La aceasta se adaugă un *dat ideal* ce reprezintă idealul în sensul aspiraţiilor umane. Aceştia sunt factorii care în cadrul *elementelor date* sunt chemaţi să joace un rol în elaborarea normei juridice. Ştiinţei îi revine rolul de a desprinde principiile directoare ale vieţii sociale pe care tehnica le va transforma în drept pozitiv. Astfel, dreptul devine un edificiu cu două etaje la baza căruia se găseşte *dat*-ul recunoscut de *ştiinţă* şi completat de *construit*-ul produs de tehnică. Acestei distincţii îi corespund dreptul şi ştiinţa dreptului.

[95] *Herzog* (340 şi urm.) introduce aici mentalitatea naţională, elementele date filozofice şi morale (care cuprind elemente date generale şi particulare), filozofia şi tehnica dreptului penal, etc.

[96] A se vedea *Rivero*, 34 şi urm.; *Bernhardt*, 435 şi urm.; *Strebel*, 416 şi passim.

există un fenomen juridic *pur*, deci detaşat de mediul său socio-istoric. Omul nu este obiect al structurilor, al ordinilor şi al societăţilor ce au o valoare atemporală. El este subiect al unei ordini care este întotdeauna istorică, şi care cuprinde structuri politice, sociale, economice, specifice epocii respective. De aceea dreptul trebuie să fie examinat în lumina istoriei sale şi în structurile sale politice, economice, sociale, fără a omite concepţia ideologică ce, în mod nesigur şi difuz sau în mod precis şi clar, orientează soluţiile juridice într-un sens sau în altul[97]. Fără a proceda la o analiză amănunţită, care ar depăşi cadrul acestui studiu, vom arăta în continuare câteva elemente ale factorilor principali.

84. Se confundă dreptul comparat cu sociologia juridică?

Problema raporturilor dreptului cu realitatea socială a fost de mult pusă. Unul din marile merite ale lui *Jhering* este de a fi recunoscut că schimbările ce au loc în domeniul dreptului sunt foarte adesea determinate de modificările prealabile în domeniul social, aşadar de a fi legat dreptul de contextul său social. Aici este punctul de plecare îndepărtat al unei evoluţii care trebuia să-l facă pe comparatist să se întrebe care sunt legăturile dreptului comparat cu sociologia juridică[98]. Această chestiune a fost examinată în 1900 în mai multe rapoarte la Congresul de la Paris[99]. Astfel, *Saleilles*[100] afirma că acţiunea chibzuită şi voită a dreptului se "suprapune acţiunii spontane şi inconştiente, aşa

---

[97] *Ascarelli* (11) scrie: "Studiul dreptului comparat dezvăluie, unic în felul său poate, relaţiile dintre premisele economice, sociale, istorice, morale, pe de o parte, şi soluţia juridică pe de altă parte. El oferă posibilitatea de a surprinde pe viu, în cadrul unei experienţe concrete, dreptul în mediul său social, şi de a consemna influenţele reciproce dintre drept şi mediu, de a le vedea, ca să spunem aşa, în acţiune; de a însoţi traducerea în termeni juridici a problemei economice şi sociale, surprinzând adevărata dimensiune socială şi economică a problemei juridice".

[98] Importanţa extraordinară a teoriei sociale a lui *Karl Marx* constă în faptul că el a dezvăluit, cu o forţă necunoscută până atunci, raporturile dreptului cu realitatea economică şi cu structura socială. Defectul său este că a absolutizat raporturile acestea considerând că evenimentele economice sunt singurul principiu - motor al istoriei şi că a făcut din drept un subprodus al economiei şi al puterii. Dreptul nu este numai "un slujitor" al puterii ci, în anumite civilizaţii şi în anumite epoci, el este şi un instrument ce urmăreşte stăvilirea şi controlul puterii. În ciuda importanţei lor excepţionale pentru sociologie, teoriile lui *Marx*, devenite un element de luptă politică şi ideologică, au influenţat hotărâtor numai fundamentul şi formarea dreptului sovietic. Mai târziu, reprezentanţii cei mai marcanţi ai sociologiei juridice, cum sunt *Ehrlich* şi *Weber*, şi-au întemeiat teoria pe alte poziţii.

[99] Pentru această problemă, a se vedea de asemenea *Drobnig*, 295 şi urm.

[100] *Saleilles*, **Rapport (Procès-verbaux)** I, 172.

cum rezultă ea din evoluţia naturală a fenomenelor sociologice"[101]. Alţi raportori însă i-au atribuit mai degrabă dreptului comparat o funcţie subordonată sociologiei juridice. Astfel, pentru *Raoul de la Grasserie*[102], compararea juridică, aplicată unor domenii din ce în ce mai largi, desprinde legile generale ale evoluţiei societăţilor, obiect al sociologiei juridice. *De la Grasserie* preciza că misiunea dreptului comparat constă numai în stabilirea relaţiilor de cauză şi efect existente între fenomenele juridice. Sociologiei juridice îi revine rolul de a deduce, din aceste apropieri, legi generale ce explică evoluţia juridică a societăţilor umane. La rândul său, *Lambert*[103] se întreba dacă dreptul comparat "considerat ca o ştiinţă a manifestărilor vieţii juridice, nu este însăşi sociologia juridică, stabilită pe baze experimentale, înzestrată cu această metodă ştiinţifică de cercetare care, după părerea domnului Tarde, îi lipseşte încă sociologiei generale". Sub influenţa lui *Auguste Comte*, *Kovalewsky*[104] era de părere că: "sociologia trebuie să-i furnizeze ştiinţei juridice comparate firul conducător pentru a deosebi între ele fazele evoluţiei dreptului". În sfârşit, *Tarde*[105] afirma că: "în realitate, când, în zilele noastre, ne ocupăm de dreptul comparat, este imposibil să nu facem sociologie, cu bună ştiinţă sau fără ştirea noastră". Totuşi, el admitea că nu trebuie să aplicăm dreptului comparat metoda sociologică.

În continuare, autonomia dreptului comparat faţă de sociologia juridică nu a fost contestată[106]. Totodată, la început, comparatiştii păreau că vor să limiteze compararea juridică numai la aspectul juridic[107].

---

[101] În acelaşi sens, *Roubier*, **L'ordre juridique**, 9 şi urm., potrivit căruia ordinea realităţii sociale, elaborată în mod empiric şi spontan şi alcătuind acel *Sein*, este obiectul sociologiei, în timp ce ordinea raţională, ce tinde să realizeze un ideal de justiţie, formează acel *Sollen* şi se suprapune peste *Sein*, în calitate de ordine juridică. Pentru critică, a se vedea *G. Boehmer*, **Grundlagen des französischen Privatrechts im 20. Jahrhundert**, RabelsZ 18 (1953) 480 şi urm.

[102] *Raoul de la Grasserie*, **(Procès-verbaux)** I, 209, 217.

[103] *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 35.

[104] *Maxime Kovalewsky* **(Procès-verbaux)** I, 412.

[105] *G. Tarde* **(Procès-verbaux)** I, 438.

[106] *Bevilaqua* (23) afirmase deja că: "Un studiu de paleontologie juridică şi de jurisprudenţă etnologică îl conduce pe jurist la domeniile etnologiei generale şi, prin ea, la sociologie". După el, compararea instituţiilor juridice reprezintă "anatomia comparată a dreptului. Confruntând elementele psihice şi fizio-psihologice care formează aceste reguli şi instituţii asemeni celulelor germinative, pătrundem într-un domeniu mai profund şi mai delicat - cel al histologiei comparate".

[107] Pentru o expunere mai diferenţiată a poziţiei autorilor a se vedea *Drobnig*, 207.

Mai târziu, ei sunt din ce în ce mai mult de acord[108] să admită că norma juridică trebuie să fie examinată în perspectiva mediului social în care ea are menirea să funcţioneze, şi că studiul comparativ trebuie să înglobeze diverse aspecte ale contextului social[109], deci factori meta-juridici. Totuşi, în concepţiile lor, acest examen păstrează un caracter auxiliar. El urmăreşte un obiectiv anume care este cel de a face posibilă o mai bună înţelegere a termenilor de comparat prin cunoaşterea raporturilor lor cu contextul social. Acest examen auxiliar se integrează totuşi în metoda comparativă[110] care, prin toate elementele sale[111], rămâne juridică.

Odată cu voga sociologiei juridice, o altă tendinţă se iveşte. Ea vizează să răstoarne raporturile dintre dreptul comparat şi sociologia juridică, fie confundându-le pe cele două, fie făcând din primul instrumentul celei de a doua.

Întemeiată de *Durkheim* în urma lui *Auguste Comte*[112], la sfârşitul secolului trecut, şcoala sociologică franceză n-a avut un ecou mare printre jurişti[113]. Subliniind importanţa componentei dreptului, *Duguit* şi *Hauriou* rămân jurişti şi nu devin sociologi. Sociologia juridică nu va face progrese, de altfel destul de modeste, decât mai târziu, prin *Gurvitch* şi *Lévy-Bruhl*. Comparatiştii francezi nu s-au gândit niciodată să identifice dreptul comparat cu sociologia juridică. Şcoala germană a sociologiei juridice va fi întemeiată mai ales de jurişti, cum ar fi fostul Profesor de la Universitatea din Cernăuţi, *Eugen Ehrlich*, precum şi *Kantorwicz* sau sociologul *Max Weber*. Deşi a fost, încă de la început, mai profundă şi mai apropiată de drept, nu a reuşit nici ea să se impună ştiinţei juridice germane. Probabil că în Statele Unite sociologia şi socio-

---

[108] *Wigmore*, **Jottings on Comparative Legal Ideas and Institutions**, TLR VI (1931) 50 şi urm.; *acelaşi*, **More Jottings on Comparative Legal Ideas and Institutions**, TLR VII (1932) 264; *Rabel*, 5; *Gutteridge*, 27; *David*, **Traité**, 10 şi urm., 15 şi urm., 25; *Ascarelli*, Prefazione LI şi 39 şi passim; etc.

[109] De altfel, este vorba aici de un progres realizat în ştiinţa juridică de către "naturalismul juridic". După el, cunoaşterea condiţiilor reale ale elaborării normei juridice şi ale aplicării sale constituie o contribuţie necesară la adevărata ei cunoaştere. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 97 şi urm.

[110] A se vedea totuşi *Sereni*, **Teaching Comparative Law**, HarvLR 64 (1951) 770 şi urm. ce pare că vrea să reducă acest examen numai la aspectul juridic al legii.

[111] Obiect, domeniu, scop.

[112] *Comte* voia să le aplice ştiinţelor sociale metodele de analiză ale ştiinţelor naturale.

[113] *Lévy-Bruhl*, **Sociologie du droit**, 96. A se vedea totuşi *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 79 şi urm.

logia juridică[114] şi-au găsit terenul lor cel mai prielnic. Dacă lăsăm de o parte sociologii, totuşi destul de numeroşi, trebuie să constatăm că sociologia juridică a fost practicată, încă de la început, de mari comparatişti. Tendinţa aceasta este deja vizibilă la comparatistul *Wigmore*. Prin *compararea funcţională*, *Pound*[115] a dat noi impulsuri sociologiei juridice. Împreună cu *Edward Ross*, el este de asemenea unul din promotorii doctrinei *controlului social*[116]. În aceeaşi perioadă *Rheinstein*[117], de asemenea partizan al *funcţionalismului* şi al funcţiei sociale a legii, ajunge să afirme că "dreptul comparat este sinonim cu sociologia dreptului". Mai târziu[118], el vorbeşte de asemenea despre "comparative Law in the sense of Sociology of Law". De altfel, prin ceea ce juriştii, comparatiştii şi sociologii dreptului american numesc *functional approach*, norma juridică este examinată în funcţia sa socială, pornind de la realitatea socială. Prin urmare, dreptul comparat, cunoscut mai ales ca examinarea unei probleme sociale, rezolvată în mod diferit din punct de vedere juridic, se realizează prin analiza realităţii sociale. Această tendinţă este dominantă pentru comparatiştii americani[119], care sfârşesc prin a răsturna, de fapt, raporturile dintre dreptul comparat şi sociologia juridică. Sub influenţa puternică a lui *Max Weber*, sociologi americani ai dreptului au întărit această concepţie[120].

---

[114] Pentru un rezumat al *sociological jurisprudence* a se vedea *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 98 şi urm.

[115] Încă de la începutul secolului *R. Pound* propusese o serie de obiective practice pentru *sociological jurisprudence* şi atrăsese atenţia juriştilor asupra relaţiilor dreptului cu societatea. În acest sens *Pound*, **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence**, HarvLR 25 (1912) 489, 516; *acelaşi*, **Outlines of Lectures on Jurisprudence** (ed. a 5-a, 1943) 32 şi urm.; *acelaşi*, **What may we expect from comparative law?** ABAJ XXII (1936) 59. A se vedea de asemenea *Julius Stone*, **Roscoe Pound and Sociological Jurisprudence**, HarvLR 78 (1964) II, 1578 şi urm.

[116] *R. Pound*, **Social Control through Law** (Yale 1942). Această şcoală, care face din drept una din modalităţile de control social, pare dominantă în Statele Unite: *Talcott Parsons*, **The Social System** (Glencoe, III. 1952); *acelaşi*, **Recht und soziale Kontrolle, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie** (1967) 122 şi urm. *Holmes*, *Cardozo* şi *Brandeis* sunt partizanii cei mai cunoscuţi ai concepţiei lui *R. Pound*.

[117] *Max Rheinstein*, **Teaching Comparative Law**, 615 şi urm.

[118] *M. Rheinstein*, **Teaching Tools in Comparative Law**, AJoCL 1 (1952) 99 şi urm. A se vedea de asemenea indicaţiile date de *Hazard* şi *Szladits*, **Livre du Centenaire**, II, 344.

[119] A se vedea autorii citaţi la notele Nr. 116, 117.

[120] A se vedea, de exemplu, autorii citaţi de *Rheinstein*, (loc. cit.) de *Mc. Dougal* (loc. cit.) şi de *Jerome Hall*, 10 şi urm. şi passim.; *F. Stone*, **Province and Function of the Law** (1964); *Friedmann*, **Legal Theory** (London, ed. a 2-a, 1969) 229 şi urm. şi passim.

Autori care, precum *Jerome Hall*, au procedat la un întreg studiu asupra chestiunii au ajuns la concluzia că "dreptul comparat este cunoaşterea socială intermediară mai sus discutată, care este sociologia juridică umanistă"[121].

În Europa, puţini comparatişti par a susţine această tendinţă în măsura în care ei afirmă că înainte de a începe un studiu comparativ trebuie identificată problema socială a cărei soluţie juridică vrem s-o cercetăm în mod comparativ. Autorii în cauză sunt de părere că toate problemele juridice ascund o problemă socială şi că pentru a proceda la un studiu comparativ trebuie mai întâi să stabilim întinderea şi să verificăm corespondenţa problemelor sociale[122] în ordinile juridice pe care le comparăm. Dar acestea sunt mai degrabă nişte afirmaţii laconice.

Concepţia care vrea să transforme dreptul comparat într-un apendice al sociologiei juridice este foarte discutabilă. Mai întâi, deoarece factorii care acţionează asupra normei juridice nu sunt numai de natură socială, în sensul strict al termenului. Ei pot fi de natură politică şi economică, dar şi de natură morală, ideologică, istorică. Apoi, trebuie să precizăm că fiecare studiu comparativ trebuie să pornească neapărat de la *problema juridică* ce este de examinat. Este destul de rar ca demersul funcţional, pentru a facilita compararea, să ia ca punct de plecare o problemă socială sau economică.

În ciuda numeroaselor puncte de contact[123], există între sociologia juridică şi drept şi, prin însăşi aceasta, între prima şi compararea ordinilor juridice diferenţe fundamentale. Ştiinţa juridică se ocupă de normativitatea dreptului, pe când sociologia juridică se ocupă de drept luat ca fapt social. Sociologia juridică devine astfel disciplina ce se ocupă de "realitatea socială a dreptului"[124] şi, însăşi prin aceasta, de raporturile reciproce dintre societate şi drept. Fiindcă dreptul este un produs al vieţii sociale[125], interdependenţa dintre viaţa socială, pe de o parte, şi ordinea juridică, pe de altă parte, devine problema cardinală a sociologiei juridice. Aceasta devine "die methodische und systematische Analyse der faktischen

---

[121] *Jerome Hall*, 69.

[122] *Ascarelli*, 39; *Schmitthoff*, 94-96. A se vedea de asemenea autorii citaţi **supra**, Nr. 28 care, atraşi de moda funcţionalismului şi a lui *factual approach*, par să susţină această tendinţă.

[123] *Drobnig*, 302 şi urm. Pentru aceste probleme a se vedea *Thomas Raiser*, **Einführung in die Rechtssoziologie** (Berlin 1972).

[124] *G. Gurvitch*, **Eléments de sociologie juridique** (Paris 1940).

[125] A se vedea *Th. Geiger*, **Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts** (Berlin 1964) 127; *E. Hirsch*, **Bernsdorf-Bülow Wörterbuch der Soziologie** (Stuttgart 1955) 414.

Bedingtheit des Rechts durch die Gesellschaft und der normativen Bedingtheit der Gesellschaft durch das Recht"[126]. Sociologia empirică poate aduce servicii foarte utile dreptului şi comparării juridice dezvăluind cauzele şi consecinţele sociale ale normei juridice, luate ca termeni de comparat. Analizând, de exemplu, cauzele sociale ale divorţului[127], putem să înţelegem mai bine cauzele divorţului şi atitudinea părţilor faţă de acesta. Tot astfel, putem să ne dăm seama mai bine dacă norma juridică încadrează în mod convenabil realitatea socială sau dacă aceasta din urmă găseşte alte căi pentru a satisface nevoile sociale. Un examen statistic în stare să dezvăluie în ce măsură, în ordinile juridice care interzic divorţul pe bază de înţelegere, soţii divorţează invocând un cu totul alt motiv ar fi foarte interesant din mai multe puncte de vedere. Pe baza unor astfel de anchete sociale şi a unor rezultate statistice, am putea aprecia mai bine eficacitatea reală a unei norme juridice, rezistenţa socială la această normă precum şi calea prin care s-ar reuşi evitarea ei.

Tot astfel, ar fi foarte interesant să avem statistici sau informaţii asupra frecvenţei aplicării anumitor instituţii juridice. În ce proporţii preferă soţii separarea de fapt divorţului? În ce proporţii persoanele interesate uzează de testament sau preferă să lase să acţioneze succesiunea *ab intestat*? În ce măsură copiii din afara căsătoriei sunt recunoscuţi de tatăl lor şi ce proporţii există între desfacerile logodnei şi desfacerile ce duc la acţiuni în daune interese? Frecvenţa aplicării unei instituţii juridice permite de asemenea să se precizeze mai bine importanţa sa socială, tot aşa cum viteza de circulaţie a unei monezi ne informează asupra valorii sale. Totuşi, în domeniul juridic, importanţa aspectelor sale în cercetarea socială abia începe să fie sesizată.

Anchete, cercetări sociale, statistici pot să lumineze mai bine funcţia şi rolul social al unei instituţii juridice şi însăşi prin aceasta să faciliteze dobândirea unei cunoaşteri exacte în examenul comparativ. Dar în toate aceste cazuri, analiza sociologică a normei juridice nu constituie decât un mijloc suplimentar pentru a asigura o mai bună înţelegere a normei juridice însăşi, precum şi a raporturilor sale cu contextul social. Analiza sociologică constituie astfel o *componentă* a metodei comparative[128].

Pe de altă parte, sprijinindu-se pe rezultatele obţinute de sociologia empirică, sociologia teoretică îşi propune să deducă legi, în sensul de

---

[126] *W. Maihofer*, **Die gesellschaftliche Funktion des Rechts**, 20.

[127] A se vedea pentru aceasta *Wolf-Lüke-Hax*, **Scheidung und Scheidungsrecht** (Tübingen 1959).

[128] În acest sens de asemenea *Drobnig*, **Methods of Sociological Research**, 34.

probabilităţi statistice[129]. Totuşi, trebuie să fim circumspecţi în privinţa folosirii posibile a acestor rezultate, care nu pot aspira, prin ele însele, să devină norme juridice. Realitatea statistică este un lucru; norma juridică este altul. Prima reprezintă o constatare a faptelor; a doua constituie o decizie luată pe baza unei scări de valori. În realitate, problema nu poate fi rezolvată deducând pur şi simplu *Sollen* din *Sein*[130]. În unele cazuri cu puternice componente sociale, ca de pildă dreptul la grevă şi convenţiile colective, clauzele generale ale diverselor contracte, analiza sociologică ne permite să cunoaştem fundamentul social şi să nu înlocuim această realitate printr-un simplu raţionament juridic.

Procedând ca inginerul care îi cere părerea unui geolog pentru a cunoaşte structura terenului înainte de a construi un baraj, juristul şi legiuitorul pot astfel să prevină erori. Analiza sociologică, prin anchetele şi statisticile sale, îi va permite juristului şi legiuitorului să aleagă, cunoscând temeinic faptele şi structurile sociale, soluţia juridică cea mai potrivită. Norma juridică va fi întotdeauna aleasă după criterii de politică juridică, dar în deplină cunoaştere a realităţii sociale.

Astfel, admiţând că metoda comparativă necesită cunoaşterea contextului social al normei juridice, trebuie să recunoaştem că dreptul comparat, nici în calitate de metodă, nici în calitate de ştiinţă, nu se confundă cu sociologia juridică al cărei instrument nu este. Întrebându-ne de ce anumite norme juridice, ce constituie termeni de comparat, au căpătat o anumită reglementare juridică şi nu alta, întrebându-ne de ce ele sunt interpretate şi aplicate într-un anumit mod şi nu în altul, îl obligăm pe comparatist să-şi completeze analiza juridică printr-o cercetare sociologică. Aceasta însă devine o *componentă* a cercetării juridice comparative, o analiză care îi este auxiliară şi subordonată. Aceasta nu schimbă caracterul dreptului, înţeles ca un ansamblu de reguli normative, ce reglementează raporturile sociale. Completând cercetarea comparativă prin această cercetare sociologică, limitată la termenul de comparat respectiv, nu urmărim să scoatem dreptul comparat din izolarea sa[131], ci avem grijă să integrăm norma de comparat în contextul ei social, pentru a o putea înţelege mai bine şi a o compara. Într-adevăr, metoda comparativă, asemeni ştiinţei dreptului comparat, are autonomia ei, are domeniile şi obiectivele ei proprii. Prin fenomenul

---

[129] *E. Hirsch*, **Was kümmert uns die Rechtssoziologie? Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge** (Berlin 1966) 43 şi urm.

[130] A se vedea de exemplu *Larenz*, 66 şi urm. în critica pe care o aduce sociologiei juridice a lui *Ehrlich*.

[131] *Lévy-Bruhl*, 38.

analizat, adică termenii de comparat şi ordinile juridice, prin domeniul său de aplicare, care este totdeauna dreptul, prin scopurile urmărite, ce pot fi multiple dar sunt mereu de natură juridică, metoda comparativă şi Ştiinţa dreptului comparat aparţin domeniului dreptului şi nu celui al sociologiei juridice. Dar raporturile reciproce dintre drept şi contextul său social sunt atât de multiple şi de strânse încât este firesc ca metoda comparativă, pentru a fi cu adevărat ştiinţifică şi utilă, să nu se poată limita la o simplă comparare de articole. De altfel, aşa se explică apelurile din ce în ce mai dese[132] făcute în favoarea unei cooperări mai strânse între toate disciplinele sociale şi mai ales între drept şi sociologia juridică[133]. Aici însă, ca şi în alte părţi, o cooperare rodnică nu va rezulta din simpla pluridisciplinaritate ci dintr-o veritabilă interdisciplinaritate[134]. Pentru dreptul comparat, acest vis de viitor constituie una din condiţiile metodologice ale valorii sale şi chiar ale existenţei sale ştiinţifice.

85. Factorul politic

Importanţa factorului politic în elaborarea şi în evoluţia dreptului a devenit din ce în ce mai vizibilă de când Parlamentele şi-au însuşit monopolul[135] funcţiei legislative şi din ce în ce mai evidentă de când

---

[132] *R. Savatier*, **Les métamorphoses économiques**, Seria a doua, 130 şi urm.; *T. Raiser*, 671; *W. Maihofer*, loc. cit., 35; *acelaşi*, **Realistische Jurisprudenz**, 469; *Heldrich*, 426 şi urm.; *Neumayer*, 418; *Péteri*, 74 şi urm.

[133] Serviciile pe care dreptul comparat le poate aduce sociologiei juridice sunt foarte importante. A se vedea *Carbonnier*, **L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, Livre du Centenaire**, I, 76 şi urm. În sens invers, sociologia juridică este indispensabilă pentru comparare, pe care ea o ajută prin funcţia sa de explicare şi de limpezire a lucrurilor. A se vedea de asemenea *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 252 şi urm. şi passim. A se vedea lucrările Congresului organizat în 1956 de Facultatea de drept din Strasbourg privind raporturile dreptului cu metoda sociologică (**Méthode sociologique et droit**, Annales Fac. droit Strasbourg, V, 1958); *Evans*, *Grisoli*, *Treves*, **Sociology of Law and Comparative Law**, Raport la al VI-lea Congres mondial de sociologie (Evian 1966); *François Terre*, 41 şi urm.

[134] Dacă *Dahrendorf* (**Homo sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle** (Köln şi Opladen, ed. a 11-a, 1972, 29 şi urm.) ar fi fost *şi* jurist, el şi-ar fi schimbat teoria despre *Muss-Soll-Kann-Erwartungen* care nu este nicidecum aplicabilă raporturilor dreptului civil. A se vedea critica lui *Maihofer*, 24.

[135] De altfel, această afirmaţie riscă din ce în ce mai mult să devină inexactă. Evoluţia recentă arată că, chiar în democraţiile occidentale, anumite Parlamente tind să devină *camere de înregistrări de legi*, pe când puterea legislativă este, în realitate, exercitată din ce în ce mai mult de executiv.

dreptul tinde să devină un act de comandament al puterii. Lucrul acesta a fost clar afirmat de *Lenin*, potrivit căruia dreptul se confundă cu politica. Afirmaţii echivalente au fost făcute de către jurişti din alte părţi ale lumii şi de către observatori care ignorau complet doctrina marxist-leninistă. Astfel, *Ripert* îşi propunea în 1936 "să cerceteze importanţa factorului politic doar în elaborarea dreptului civil contemporan"[136], deoarece *Ripert* îşi dădea seama cât era de formală analiza juriştilor care "studiază legile civile ca şi cum ele ar stabili singurele reguli pe care Raţiunea le poate concepe. Triumful legii este pentru ei triumful Raţiunii"[137]. Totuşi, în Parlamente, unde legile sunt elaborate, grupările politice se opun una alteia; grupurile de presiune sunt în acţiune; oamenii şi partidele se luptă pentru interesele lor. Juriştii ştiu aceste lucruri însă nu le spun. Astfel, "fiecare lege modernă a suferit o operaţie chirurgicală, iar chirurgii sunt numeroşi... Tratatele de drept civil nu fac nici o aluzie la influenţa aceasta a puterii politice asupra făuririi şi transformării legilor. Ele acuză adesea neîndemânarea legiuitorului şi nu îndrăznesc niciodată să spună ce interes politic a dictat proiectul sau a deformat legea, afirmând că există o evoluţie a dreptului; ele nu vor să-i cunoască pe cei care se luptă ca să realizeze acest drept"[138].

Anumiţi factori şi anumite structuri extra-juridice pot avea o importanţă fundamentală pentru structura juridică a ordinii juridice avute în vedere. În măsura în care primele influenţează sau determină structura celorlalte, aceşti factori trebuie să fie înglobaţi în analiza comparativă. Acţiunea factorului politic asupra dreptului este evidentă. Astfel, accesul burgheziei la rolul de principal interpret al realităţii sociale de atunci este cel care explică egalitatea şi libertatea ca principii fundamentale, precum şi tendinţele principale ale Codului civil francez[139]. Dreptul sovietic nu este de înţeles decât prin prisma Revoluţiei din octombrie şi prin concepţia juridică a partidului victorios.

Acţiunea factorului politic asupra dreptului, deci asupra apariţiei şi evoluţiei ordinii juridice sau asupra structurii şi funcţiei regulii juridice, este mai puternică sau mai vizibilă în unele discipline juridice decât în altele. Este cazul dreptului şi structurilor constituţionale, al distribuirii

---

[136] *Georges Ripert*, **Le régime démocratique et le droit civil moderne** (Paris 1936) 3.

[137] *Ripert*, loc. cit., 6.

[138] *Ripert*, loc. cit., 6 şi urm.

[139] A se vedea *Wieacker*, **Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modern Gesellschaft** (Karlsruhe 1952); *acelaşi*, **Privatrechtsgeschichte**, 468 şi urm., cu bibliografia complementară; *Anton Menger*, **Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen** (reeditare 1968); etc.

puterilor în interiorul acestor structuri care sunt puternic influenţate de factorul politic[140].

Examinarea factorului politic poate fi făcută în această fază metodologică în care, după ce termenul de comparat a fost integrat în ordinea juridică din care el face parte, aceasta trebuie integrată în mediul său înconjurător. Lucrul se poate face şi în faza comparativă, punând problema de a şti care sunt cauzele raporturilor ce au fost desprinse între termenii de comparat. Totuşi, aceasta nu duce la ştergerea frontierei dintre ordinea juridică constituţională şi factorii ce au determinat-o, deci dintre norma juridică şi elementul politic, după cum afirmă *Strebel*[141], ci la necesitatea de a cerceta aceşti factori pentru a înţelege de ce o instituţie are o anume funcţie şi nu o alta. Într-adevăr, adesea comparatistul nu va putea cu adevărat să explice şi să lămurească relaţiile existente între termenii de comparat decât examinând, printre aceşti factori, factorul politic[142] ce a exercitat o influenţă, directă sau indirectă, vizibilă sau invizibilă, foarte adesea determinantă, asupra elaborării ordinii juridice. Astfel, existenţa şi rolul unei pluralităţi de mici partide sau a două partide principale care iau, mai mult sau mai puţin alternativ, puterea poate explica multe instituţii, structuri juridice şi tradiţii în dreptul constituţional sau chiar în dreptul administrativ. În toate aceste cazuri, comparatistul trebuie să le examineze. Se poate ca existenţa unui partid unic, care face din stat instrumentul său, să fie mai mult decât un fapt extra-juridic şi să devină un element determinant, în măsura în care structura ordinii juridice respective este determinată de el. Cum se poate înţelege rolul şters pe care îl are astăzi Camera Lorzilor în Anglia fără lupta politică ce a fost dusă de partidul liberal în acest sens? Tot astfel, nu putem compara sistemul prezidenţial american, sistemul electoral şi chiar structura Statului american fără a examina numărul, structura şi rolul partidelor politice[143]. Fără a intra în detalii, putem considera ca fiind probabil faptul că pentru aplicarea metodei comparative în dreptul public, cunoaşterea anumitor fapte şi structuri politice este mai importantă. Totuşi, este inexact să afirmăm că actul comparării în dreptul public se învârte mereu în jurul ideii de Stat de drept. Pe de o parte, numeroase comparări de instituţii juridice în dreptul constituţional, administrativ, în ştiinţa administrativă sau în procedura administrativă se referă la alte teme. Pe de altă parte, acest

---

[140] Pentru problemele speciale pe care le pune dreptul public comparat, a se vedea de asemenea *Fontana*, 169 şi urm.; *Monaco*, 35 şi urm.; etc.

[141] *Strebel*, 411 şi urm.

[142] *Kaiser* (403) precizează, de asemenea, că juristul comparatist nu trebuie să excludă din principiu examinarea factorului politic.

[143] *Strebel*, 417.

principiu constituie un element determinant care, luat ca atare, trebuie să fie cunoscut pentru a înţelege structura generală a ordinii juridice din care face parte termenul de comparat. Altfel, riscăm să ajungem la concluzii comparative greşite. Într-adevăr, raportul instituţiei juridice care formează termenul de comparat cu unul din pilonii de bază ai oricărei ordini juridice, cu alte cuvinte cu Statul de drept, care formează un element determinant, este prea intim ca să-l putem înţelege pe primul fără cel de-al doilea. Tocmai acest raport foarte intim ne sfătuieşte să nu separăm termenul de comparat de ansamblul din care face parte, căci nu poate fi înţeles în afara lui[144].

86. Elementul economic

În mod tradiţional, explicit sau implicit, dreptul era considerat ca fiind singurul factor de reglementare a ordinii sociale[145]. Ideea implicită era că economia constituie un domeniu reglementat de drept, nicidecum însă un sector de activitate având legile sale proprii. În fond, *Adam Smith* a fost primul care a lăsat să se întrevadă că economia îşi are legile ei, independente de normele juridice. Conform acestei concepţii, dreptul şi economia ar fi doi factori juxtapuşi, dar mai mult sau mai puţin separaţi. De la *Karl Marx*, o altă concepţie a modificat profund raporturile dreptului cu economia[146]. Pentru *Marx*, economia constituie factorul unic şi determinant al ordinii sociale: dreptul nu este decât expresia ei, "suprastructura" formală. Acestor trei forme de raporturi între drept şi economie le corespund trei tipuri de organizare economică. Libertatea individului în raport cu procesul economic poate fi absolută, limitată raţional şi orientată social sau complet comprimată, dirijată şi prescrisă[147]. Fiecăreia din aceste formule îi corespunde o anumită concepţie politică despre om şi societate şi despre om în societate. Este evident că marxismul are dreptate în măsura în care dreptul şi economia nu pot fi concepute ca doi factori juxtapuşi şi total

---

[144] *Fontana*, 165; *Strebel*, 429.

[145] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Constitution économique de la République Fédérale Allemande**, Revue économique 1960, 266 şi urm. = **Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung**, Annales Universitatis Saraviensis, VII (1960) 107 şi urm.

[146] Bineînţeles, nu este vorba nicidecum de a relua aici teoria marxistă a dreptului despre care s-au scris volume care ar umple o bibliotecă întreagă. Să-i citäm pur şi simplu pe: *Hans Lottig*, **Marx und das Recht** (Hamburg 1961); *Stoyanovitch*, **Marxisme et droit** (Paris 1964); **Marx et le droit moderne**, Archives de philosophie du droit, 1967; *Sarotte*, **Le matérialisme historique dans l'étude du droit** (Paris 1970).

[147] *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit.

separaţi. Economia acţionează asupra dreptului, într-un mod mai mult sau mai puţin intens în funcţie de sectoare, asupra constituţiei economice şi asupra concepţiei făurite despre raporturile lor. Totuşi, ca orice explicaţie monocauzală şi "reducţionistă", marxismul greşeşte în măsura în care reduce raporturile economiei cu dreptul la o cauzalitate unică, mecanică şi ineluctabilă precum şi în măsura în care el concepe dreptul ca un epifenomen al unei cauze economice.

Ştiinţa juridică a luat cunoştinţă destul de târziu, în mod fragmentar şi incomplet, de întrepătrunderea dreptului şi a economiei precum şi de influenţa factorilor economici asupra evoluţiei dreptului. Într-o lume economică atomistă, în care principalul mod de producţie era artizanal, separarea dintre drept şi economie era posibilă. În această perspectivă, factorul determinant în elaborarea şi evoluţia dreptului era mai degrabă de natură socială. Progresul, ce a marcat importanţa factorilor economici, se datorează îndeosebi revoluţiei industriale care a realizat o mutaţie radicală în structurile socio-economice; aceasta a facilitat preponderenţa factorului economic, în acelaşi timp calitativ şi cantitativ. Paralel, dreptul tinde să-şi piardă progresiv finalitatea sa proprie ca să-şi asume o funcţie din ce în ce mai instrumentală în raport cu obiectivele economice. În anumite domenii, impactul economic[148] este atât de mare încât comandă norma juridică al cărei conţinut este economic iar forma juridică[149]. În alte domenii, influenţa factorului economic este accesorie; norma juridică îşi păstrează natura sa tradiţională. Ceea ce este nou este frecvenţa şi importanţa căpătate de factorul economic în elaborarea şi evoluţia dreptului.

Aceasta duce treptat la *declinul dreptului clasic*, declin înţeles totodată[150] ca slăbirea anumitor instituţii juridice considerate ca stâlpi ai ordinii juridice[151], dar şi ca o deteriorare în tehnica dreptului însuşi. Declinul acesta se manifestă prin degradarea izvoarelor formale[152], prin creşterea importanţei izvoarelor concurenţiale şi chiar prin declinul actului de constrângere.

Pe de altă parte, evoluţia aceasta a dus la recunoaşterea dreptului economic. În ţările Sistemului *socialist*, componenta economică este atât de importantă încât aproape totalitatea dreptului a devenit econo-

---

[148] *G. Farjat*, **Droit économique** (Paris 1971) 388.

[149] Cum pot fi înţelese legislaţia *anti-trust*, dreptul societăţilor, problema concentrării industriale, legislaţia privind controlul preţurilor, dreptul întreprinderilor publice fără a cunoaşte realitatea economică a cărei expresie sunt aceste instituţii juridice. A se vedea de asemenea *Mauro Cappelletti*, 88 şi urm.

[150] *Farjat*, 392 şi urm.

[151] Proprietatea individuală, principiul autonomiei de voinţă, etc. etc.

[152] *Farjat*, 392 şi urm.

mică. În Sistemul european şi anglo-american, juriştii încep să-şi dea seama de influenţa economiei asupra dreptului care, în anumite domenii, devine atât de importantă încât reduce dreptul la o funcţie instrumentală. Aceasta face din dreptul economic o ramură specială printre celelalte. Pe de altă parte, această descoperire duce la o abordare nouă a fenomenului juridic. Progresiv, factorul economic capătă un loc din ce în ce mai însemnat, printre alţi factori, în elaborarea şi în evoluţia dreptului.

Doctrina germană a fost prima care a remarcat impactul fenomenului economic asupra dreptului. Tot ea a fost prima care a elaborat, încă înainte de cel dintâi război mondial[153], termenul de *Wirtschaftsrecht* pentru a numi fenomenul. Problema aceasta a fost dezbătută pe larg de doctrina germană care a dus la o literatură foarte voluminoasă. În continuare, i-a venit rândul dreptului sovietic să o facă. În acest caz însă, era vorba de o răsturnare completă a raporturilor dintre cei doi factori, rezultând dintr-o concepţie specifică, oficială şi obligatorie a acestor raporturi. Doctrina franceză a sesizat mult mai târziu acest fenomen şi, în ciuda oricărui lucru, nu i-a acordat prea multă importanţă[154].

Ideea unui drept economic câştigă teren deşi este greu de delimitat domeniul său într-un mod general acceptat. Ceea ce este esenţial şi nu poate fi negat este importanţa factorului economic pentru elaborarea şi evoluţia dreptului. Înainte, factorul economic se înfăţişa ca o suită, mai mult sau mai puţin incoerentă, de elemente şi de factori. Prin ideea de *constituţie economică*, principiile sale se încadrează într-un ansamblu

---

[153] Pentru o expunere de ansamblu a acestei evoluţii înainte de primul război mondial: *R. Piepenbrock*, **Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg** (Köln 1964) şi rezumatul lui *R. Goldschmidt*, **El derecho economico, Estudios de derecho comparado** (Caracas 1958) 461 şi urm. Autorii dau indicaţii bibliografice suplimentare pentru o literatură extrem de vastă.

[154] Teza lui *Maunier* (**Droit et économie politique**, Thèse Paris 1910) pare să fi fost prima care s-a ocupat de această problemă. Dar este vorba de o încercare izolată. *Ripert* este unul din primii care au sesizat importanţa fenomenului: **L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges Gény** (Paris 1934) II, 347 şi urm. În lucrarea sa, **Le régime démocratique et le droit civil moderne**, *Ripert* reia problema, consacrând un capitol întreg libertăţii contractuale şi ordinii publice economice precum şi factorilor economici ce influenţează existenţa contractelor (269-327). El se ocupă mai ales de declinul autonomiei de voinţă în faţa unei ordini publice economice, produs al unei legislaţii economice dirijiste. După al doilea război mondial, interesul creşte. Teze ca aceea a lui *Farjat* (**L'ordre public économique**, Thèse Paris 1963) şi mai multe articole dovedesc acest lucru. Aici trebuie adăugată lucrarea importantă a lui *R. Savatier*, **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**, şi într-un sens mai precis lucrarea lui *Farjat* citată mai sus cu o bibliografie completă.

coerent, ce călăuzeşte procesul economic. Datorită acestui lucru, ele devin un element determinant. În orice caz, foarte adesea înţelegerea unei reguli de drept străin necesită cunoaşterea elementelor economice care au contribuit la formarea ei.

87. Scara de valori

Ca produs spiritual al unei realităţi socio-istorice, dreptul nu-şi are originea nici în raţiunea pură, nici în natura umană abstractă. El este influenţat, în formarea şi naşterea sa, de anumite situaţii şi de anumiţi factori istorico-politico-socio-economici concreţi. Acestora li se adaugă factorii spirituali ce formează scara de valori caracteristică societăţii în chestiune. Într-adevăr, orice ordine juridică este construită pe o scară de valori explicită sau implicită. Pe de o parte factorii materiali, pe de alta factorii spirituali integraţi în scara de valori sunt cei care explică obiectivele pe care legiuitorul a vrut să le atingă prin regula de drept stabilită, ca şi prin alegerea soluţiei juridice. Astfel, înţelegerea unei reguli de drept străin nu se reduce la o simplă analiză şi înţelegere a regulii de drept pozitive. Într-adevăr, aceasta trebuie înţeleasă ca rezultatul final al tensiunii şi al cooperării anumitor factori materiali, elaboraţi prin filtrul spiritual al scării de valori.

A examina o ordine juridică străină nu înseamnă deci a o analiza *doar* ca pe un ansamblu de norme pozitive, logice şi raţionale. Pentru comparatist, a examina o ordine juridică străină înseamnă de asemenea situarea normelor sale juridice în cadrul istoriei lor, adică în perspectiva factorilor istorici, politici, sociali şi economici, dar şi în perspectiva scării de valori ce a determinat opţiunile fundamentale făcute de legiuitor în momentul elaborării regulii de drept. Comparatistul trebuie să cunoască relaţia ce uneşte regula de drept ca instrument tehnic cu scara de valori prin intermediul căreia au fost făcute alegerile soluţiilor juridice prin care legiuitorul a vrut să rezolve necesităţile realităţii sociale. Fără aceasta, regulile unei ordini juridice străine apar ca un simplu conglomerat de soluţii tehnice, fungibile şi mai mult sau mai puţin neinteligibile. O asemenea cunoaştere nu va depăşi cadrul aparenţelor înşelătoare. Compararea bazată pe asemenea cunoştinţe nu va depăşi planul observaţiilor generale şi superficiale, în acelaşi timp exterioare, banale şi adesea eronate. Astfel, a înţelege o regulă de drept străin înseamnă a cunoaşte realitatea socio-istorică în lumina scării de valori ce se află la baza oricărei ordini juridice şi formează ideologia sa explicită sau implicită[155]. În dreptul pozitiv, ea este exprimată în mod vizibil de elementele determinante.

---

[155] Menţionată doar aici, această problemă va fi examinată în volumul consacrat Ştiinţei dreptului comparat.

88. INTERACȚIUNEA DAT-ULUI ȘI CONSTRUIT-ULUI ÎN DIVERSE SISTEME JURIDICE

Dacă dreptul este produsul datelor sociale, este evident că trebuie să existe un acord între el şi acestea din urmă. Acordul acesta era, şi este, mai ferm în societăţile mai mult sau mai puţin patriarhale unde dreptul este expresia unei maturizări sociale. El este mai puţin sigur într-un sistem care, făcând din Parlament expresia voinţei poporului, face din drept un instrument de amenajare raţională a structurilor sociale. Dar raporturile şi interacţiunea dintre *dat* şi *construit* se schimbă nu numai în timp, ci şi în spaţiu, în funcţie de Sistemele juridice.

În Sistemul european, de exemplu, dreptul pozitiv este mai sensibil la cerinţele datelor sociale. Scopul *construit*-ului, deci al dreptului pozitiv, nu este, în principiu, să schimbe datele acestea în mod voluntar conform unui model prestabilit. În ordinile juridice ale Sistemului european, dreptul pozitiv nu îşi propune să modifice, în mod conştient, voluntar şi radical, datele socio-economice. În principiu, acestea sunt lăsate pe seama procesului natural de maturizare socială.

Dreptul sovietic a dezvăluit existenţa altor modalităţi de elaborare a dreptului şi de acţiune *asupra datelor sociale*. Considerând că dreptul este suprastructura bazei economice, dreptul sovietic merge, prin dreptul pozitiv, dincolo de dreptul pozitiv, transformând conform concepţiei sale înseşi datele societăţii, aşadar datele şi factorii prejuridici. El amenajează şi modifică, prin dreptul pozitiv, în mod radical *dat*-ul şi baza însăşi, dreptul nefiind teoretic decât suprastructura acesteia. Într-adevăr, dreptul este acela prin care Sistemul *socialist* a transformat radical baza socio-economică[156] a societăţii; el i-a impus o constituţie economică radical nouă şi specifică. El a modificat, în mod autoritar şi profund, structura socială, înlocuind o societate oarecum pluralistă cu o societate închisă şi limitată la guvernanţi şi guvernaţi. *Dat*-ul nu se mai dezvoltă într-un mod mai mult sau mai puţin natural, iar *construit*-ul nu rezultă dintr-un compromis între factori opuşi. În acest Sistem, însuşi *dat*-ul este format şi orientat în mod politic, tocmai prin intervenţia dreptului pozitiv.

Astfel se poate spune că, în acest Sistem, *dat*-ul aparţine de asemenea şi domeniului *construit*-ului, deoarece *dat*-ul însuşi este modulat

---

[156] De altfel, lucrul acesta era necesar şi pentru a pune de acord teoria cu realitatea socială. Conform teoriei marxiste, comunismul nu putea apărea decât într-o societate puternic industrializată şi concentrată. Nu era cazul Rusiei cu structurile ei feudale şi agrare. Un proces de industrializare îndârjit trebuia să-i furnizeze comunismului, retroactiv, premisele socio-economice ale existenţei sale, care la început îi lipseau.

după voinţa conducătorilor. Creuzetul obscur în care germinează factorii adesea nesiguri care participă la elaborarea dreptului nu mai aparţine domeniului parţial natural şi liber, aşa cum se întâmplă în alte Sisteme. În ordinile juridice ale Sistemului *socialist*, totul este *construit*, controlat şi supus acţiunii voluntare a conducătorilor puşi în slujba unui obiectiv conştient. Nimic nu este aici lăsat maturizării naturale: nici dreptul pozitiv, nici datele sale. Aşa se explică, de altminteri, de ce compararea cu alte ordini juridice devine mai dificilă. În ipoteza aceasta, este vorba, în realitate, de a compara o plantă de seră cu o plantă naturală. Se compară termeni de comparat ce fac parte din ordini juridice ale căror condiţii de înflorire şi de creştere sunt funciar diferite.

Domeniul *construit*-ului nu înglobează numai dreptul pozitiv. El conţine de asemenea Ştiinţa juridică, în sensul larg al termenului, şi universul său abstract de noţiuni, concepte şi forme juridice ce constituie filtrul prin care realitatea socială acţionează asupra dreptului pozitiv. Ştiinţa juridică poate fi dogmatică şi teoretică şi poate face o separare profundă între norma juridică şi realitatea concretă aşa cum se întâmplă în Ştiinţele juridice continentale. Ea poate să fie mai empirică, mai puţin teoretică şi să despartă mai puţin clar norma de faptele juridice, aşa cum fac ordinile de drept anglo-americane. Şi într-o ipoteză şi în cealaltă, comparatistul se află confruntat cu problemele metodologice pe care le pun raporturile *dat*-ului şi *construit*-ului. Problema raporturilor şi a interacţiunii *dat*-ului şi *construit*-ului este uşor de înţeles atunci când ordinile juridice puse faţă în faţă fac parte din Sistemul juridic al comparatistului. Acesta cunoaşte elementele determinante ale Sistemului datorită propriei sale ordini juridice. Integrarea termenului de comparat în ordinea juridică avută în vedere şi înţelegerea universului său extra-juridic nu vor fi prea greu de realizat. Situaţia este cu totul deosebită atunci când ordinile juridice puse faţă în faţă aparţin unor Sisteme juridice diferite de cel al comparatistului. În ipoteza aceasta, comparatistul nu poate să ajungă la o adevărată înţelegere a termenilor de comparat decât dacă el cunoaşte în mod exact elementele determinante ale Sistemului juridic în chestiune. Examinarea şi cunoaşterea acestor elemente determinante condiţionează însăşi înţelegerea termenului de comparat respectiv.

Capitolul III

FAZA A TREIA: COMPARAREA

Secţiunea I

PROBLEME PRELIMINARE

89. JUXTAPUNERE ŞI COMPARARE

Analiza termenului de comparat, în el însuşi, şi mai ales în cadrul ordinii sale juridice, constituie nu numai partea indispensabilă, ci şi partea cea mai grea şi probabil cea mai importantă a procesului metodologic[1]. Într-adevăr, rezultatul final al comparării depinde în mare măsură de justeţea analizei şi de exactitatea concluziilor la care a ajuns comparatistul în primele două faze. Mai ales cu prilejul acestor faze, ca etape prealabile ale comparării propriu zise, comparatistul trebuie să dea dovadă de fineţe în analiză şi de prudenţă în concluzii.

Cu toate acestea, după cum s-a explicat deja[2], doar studiile paralele de drept străin, privite izolat, deşi constituie partea cea mai dificilă şi poate cea mai importantă, nu se confundă cu studiile de drept comparat. A analiza aceeaşi instituţie juridică în mai multe ordini juridice diferite şi a expune paralel rezultatele acestui studiu nu înseamnă a face drept comparat. Autorii refuză să recunoască această calitate studiilor juxtapuse de drept străin. *Ernst Schuster*[3] remarca, la sfârşitul secolului trecut, că raportul existent între cunoaşterea mai multor ordini juridice şi dreptul comparat este similar cu raportul dintre cunoaşterea mai multor limbi şi ştiinţa limbajului. Cel ce cunoaşte mai multe limbi şi mai multe gramatici nu se iniţiază în ştiinţa limbajului, tot astfel cum cel ce studiază mai multe ordini juridice nu face neapărat drept comparat.

---

[1] Cf. *von Rauchhaupt*, **Correlaciones en el dessarrollo de los derechos de Europa y de América** (Buenos Aires 1928) 14.

[2] A se vedea **supra**, Nr. 4 şi urm.

[3] *Ernst Schuster*, **Die pratische Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für das Familienrecht und Erbrecht. Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für Vergleichende Rechtswissenschaft**, II (1896) 71 şi urm.

La rândul lor *Arminjon-Nolde-Wolff*[4] scriu că "o colecţie de tratate privind ordini de drept naţionale nu este un tratat de drept comparat. Pentru a-şi realiza scopul, o asemenea lucrare trebuie să apropie şi să compare principalele sisteme juridice luând ca obiect al acestei comparări originea lor istorică, izvoarele lor, evoluţia lor, forma, stilul, tehnica, modul de aplicare a legilor lor, soluţiile pe care le dau problemelor puse de viaţa socială şi economică, apoi coordonând şi sistematizând aceste rezultate într-un spirit critic şi realizând judecăţi de valoare"[5]. În privinţa aceasta marea majoritate a autorilor este de acord[6].

90. Raporturile dintre cele trei faze ale procesului metodologic

După cum s-a precizat deja împărţirea procesului metodologic în trei faze răspunde nevoii de analiză a metodei. În realitate, cele trei faze nu sunt nici complet distincte, nici total separate. Aşa cum s-a constatat[7], primele două faze se sprijină una pe alta şi se întrepătrund una într-alta. Aceeaşi constatare trebuie făcută în ce priveşte a treia fază.

Încă din momentul în care examinează termenul de comparat pentru a-l cunoaşte, comparatistul nu se mulţumeşte numai cu simpla cunoaştere pe care acest studiu i-o pune la îndemână. În acest moment, care este cel al analizei termenului de comparat desprins din cadrul său, apar deja anumite imagini comparative. Vizând mereu cunoaşterea termenului de comparat, comparatistul străbate drumul pe care îl fac juriştii naţionali, dar el o face cu alţi ochi. Deşi urmează calea metodologică a juristului naţional, comparatistul abordează termenul de comparat în spiritul propriei sale ordini juridice şi cu imaginea pe care termenul de comparat o are în ordinea sa juridică. Astfel, în timp ce examinează termenul de comparat străin, comparatistul nu se poate abţine să nu perceapă deja anumite deosebiri şi asemănări între termenii de comparat[8], pe care el le înregistrează înainte chiar de a începe compararea propriu zisă. Deoarece, pe măsură ce comparatistul

---

[4] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 29 şi urm.

[5] *Sola Cañizares*, 99 scrie: "Studiul a două ordini juridice străine diferite nu este drept comparat, pentru că nu există comparare".

[6] De la *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 29 până la *David*, **Traité**, 8, trecând prin *Sarfatti*, 30 şi urm. şi *Sauser-Hall*, 39 şi urm. ca să nu-i citäm decât pe aceştia, doctrina este în acest sens.

[7] A se vedea **supra**, Nr. 39, 73.

[8] *Fontana*, 107.

înaintează pe calea cunoaşterii termenului de comparat şi a ordinii juridice străine, se produc în mod inconştient confruntări cu termenul de comparat din propria sa ordini de drept. Se poate spune că juristul comparatist străbate aceleaşi căi ca şi juriştii naţionali şi operează chiar cu metodele lor, însă, de data aceasta, comparatistul parcurge drumul cu o altă privire. Comparatistul s-a eliberat de rutină sau de obişnuinţa căpătată, care îi împiedică pe juriştii naţionali să iasă din punctele de vedere conformiste şi tradiţionale. De aceea, unul din meritele cele mai importante ale metodei comparative este că permite să se vadă un peisaj juridic foarte vechi cu ochi noi şi să se descopere - prin comparare - chiar în propria ordine juridică, aspecte noi care, altfel, ar rămâne ascunse. În această ultimă fază a procesului metodologic, este vorba, pentru comparatist, să se ocupe în mod special de comparare. A cunoaşte şi a înţelege mai bine înseamnă, într-un fel, a compara deja. Într-adevăr, orice judecată este un act de comparare; orice silogism implică o comparare. Concluzia rezultă tocmai din compararea premisei minore cu premisa majoră. Compararea este procesul general prin care spiritul uman caută asemănarea în ceea ce este multiplu, şi identitatea în diversitate. Totuşi, aici compararea se încadrează într-un demers specific. Aceasta înseamnă mai întâi desprinderea raporturilor existente între termenii de comparat. Ceea ce necesită pe urmă precizarea şi ordonarea în mod raţional şi sistematic a raporturilor de asemănare şi de diferenţiere percepute deja sau desprinse în mod confuz de-a lungul primelor două faze. Ceea ce înseamnă, în sfârşit, identificarea cauzelor lor.

91. DESCRIERE ŞI SINTEZĂ COMPARATIVĂ

Vreme îndelungată, dreptul comparat, ca şi dreptul în general, a fost conceput într-un mod greşit care exercita neapărat o influenţă asupra metodei de interpretare şi de cunoaştere. Dreptul era privit ca o elaborare logică făcută conform unei tipologii de concepte având un caracter universal. Urmarea era că ordinile juridice, versiuni puţin modificate ale acestui arhetip, puteau fi cunoscute prin descrierea acestei scheme. Astfel, cunoaşterea ordinilor juridice străine se realiza prin expunerea făcută în mod descriptiv. Totuşi, această descriere rămânea la suprafaţa lucrurilor. Deşi era o falsă metodă de cunoaştere, ea a supravieţuit pentru că nu s-a reuşit elaborarea unei metode mai ştiinţifice sau mai potrivite[9].

[9] Şi în lingvistică, continuitatea învăţământului în limba latină în occident, combinată cu starea pre-ştiinţifică a studiului limbilor, a favorizat supravieţuirea metodei descriptive. Abia apoi ea a fost înlocuită cu o descriere a caracteristicilor generale ale limbilor.

Metoda descriptivă insista pe două elemente. Pe de o parte, şi pentru trecut, ea dădea indicaţii genetice, incomplete în cele mai multe cazuri. Pe de altă parte, şi pentru prezent, descrierea instituţională se limita la planul tehnic. În majoritatea cazurilor, micro-compararea ducea în cele din urmă la o juxtapunere de instituţii pe un acelaşi nivel. Totuşi, cele două elemente nu sunt decât fragmentele unui ansamblu ce era ignorat. Rezultatele erau în mod necesar insuficiente.

Concepţia potrivit căreia dreptul reprezintă expresia realităţii sociale este aceea care a făcut obligatorie înlocuirea descrierii cu analiza pentru a cunoaşte un termen de comparat. În cadrul metodei comparative, analiza aceasta nu este decât primul demers; ea trebuie neapărat să fie completată de sinteza comparativă în vederea căreia a fost făcută. Este ceea ce deosebeşte metoda comparativă de alte metode de cunoaştere a ordinilor juridice străine. De asemenea, de aceea travaliul comparatistului, în timpul acestei ultime faze, diferă de demersurile metodologice întreprinse în timpul fazelor precedente. În timpul primei faze, examenul comparatistului are un caracter analitic şi descriptiv vizând cunoaşterea termenului de comparat izolat de ordinea sa juridică. În timpul celei de a doua faze, acest examen analitic, referitor la raporturile termenului de comparat cu ordinea sa juridică şi ale acesteia din urmă cu mediul său meta-juridic, este menit să permită înţelegerea termenului de comparat precum şi a ordinii sale juridice, cel puţin în elementele ei determinante. Prin natura lucrurilor, acest examen analitic şi descriptiv este de asemenea şi explicativ. În a treia fază, comparatistul tinde să desprindă şi să prezinte raporturile existente între termenii de comparat precum şi să-i explice în cadrul ordinilor lor juridice. Raporturile termenilor de comparat sunt sesizate în caracteristicile, proprietăţile şi funcţiile pe care le au şi le exercită în ordinea juridică respectivă. Cauzele lor sunt de asemenea precizate. În această ultimă fază, examenul este neapărat comparativ şi critic, sintetic şi generalizator.

92. COMPARAREA, SURSĂ DE NOI CUNOŞTINŢE

Compararea[10] este o operaţie conştientă a spiritului îndreptată spre un scop precis. Este operaţia prin care se reunesc într-o confruntare

[10] Deja pentru *Fries* (**System der Logik**, Heidelberg, ed. a 2-a, 1819, 96) compararea este "das Bewusstsein vom Verhältnis mehrerer Vorstellugen zueinander". Pentru *Ulrici* (**Logik**, 137): "Zwei Dinge vergleichen heisst nur für das Bewusstsein fesstellen, in welchen Beziehungen sie sich unterscheiden, in welchen dagegen sie gleich sind".

metodică termenii de comparat pentru a le înţelege relaţiile. Relaţiile astfel desprinse nu constituie nişte *elemente date*[11]; ele sunt construcţii elaborate de comparatist, produse ale gândirii comparative[12]. Dealtfel, aceste construcţii sunt făcute pornind de la o serie de observaţii parţiale pe care comparatistul le reuneşte într-un întreg coerent care este sinteza comparativă.

Descoperind relaţiile ascunse ce leagă termenii de comparat şi scoţându-le la lumina zilei, metoda comparativă îşi îndeplineşte funcţia ei de sursă de noi cunoştinţe[13]. Prin însăşi aceasta, micro-compararea pregăteşte calea macro-comparării; metoda comparativă furnizează elemente pe care se va înălţa Ştiinţa dreptului comparat. Deoarece, dezvăluind relaţiile existente între particulele juridice elementare ce aparţin mai multor ordini juridice ne îndreptăm spre cunoaşterea şi înţelegerea relaţiilor dintre ordinile juridice respective. Compararea este înaintarea raţională a spiritului, care merge de la observaţie şi analiză până la cunoştinţele parţiale pe care le integrează în cele din urmă în categorii noi de natură comparativă. Descoperind relaţiile existente între elementele determinante în cadrul ordinilor juridice se lărgesc cunoştinţele şi devenim conştienţi de înrudirea lor. Astfel, ne ridicăm la un nivel superior ce ne permite formarea de noi categorii, Sistemele juridice, în care vor fi înglobate în cele din urmă ordinile juridice înrudite. Prin macro-comparare va fi întemeiată Ştiinţa dreptului comparat.

93. Obiectivele şi demersurile metodologice în timpul celei de a treia faze

În mod tradiţional metoda comparativă era întrebuinţată ca un fel de ciocan al ştiinţei, instrument uşor de folosit, de care oricine putea să se

---

[11] Deja *Christoph Sigwart* (**Logik**, Tübingen 1889, ed. a 5-a, 1924) I, 42: "Die Vorstellung des Unterschieds ist nichts Gegebenes". Pagina 89: "Die Beziehung ist hier nicht mit der Anschauung selbst schon gegeben, sondern erst durch unser vergleichendes Denken gesetzt, das beliebig nach den verschiedenen Richtungen hinausgehen kann um eines gegen das andere zu halten. Zwei gleiche oder verschiedene Dinge bilden nicht schon unabhängig von der Reflexion ein einheitliches Ganzes, das sich in seine Bestandteile auflösen liesse: die Einheit, in welche sie das Relationsurteil setzt, entspringt dem Bewsstsein von Denktätigkeiten, welche sich auf den Inhalt des Vorgestellten selbst beziehen"...

[12] *Ch. Sigwart*, 12: "Relationsvorstellungen ... können sich nicht vollziehen, ohne dass zugleich Funktionen des beziehenden Denkens mitwirken und andere Relationsvorstellungen als Resultate des Unterscheidens und Vergleichens entstehen..."

[13] A se vedea **infra**, Nr. 112.

slujească bine fără nici o ucenicie. Juriştii ne-comparatişti nu puteau să-şi închipuie că el n-ar fi putut fi utilizat în mod judicios prin el însuşi şi fără nici o pregătire. Juriştii care au făcut în mod real comparare şi-au pierdut repede siguranţa aceasta şi au înţeles că actul comparării nu este o reţetă miraculoasă, ce poate fi aplicată instantaneu. Dimpotrivă, ea reprezintă, pe de o parte, faza finală a unui lung proces de pregătire. Pe de altă parte, folosirea ei legitimă se opune utilizării ei indiferent cum şi pentru orice fel de obiectiv. Metoda comparativă este o metodă specifică de cunoaştere aplicată în domeniul dreptului. Cunoştinţele[14] pe care vrem să le desprindem prin comparare şi care sunt susceptibile de a fi întrebuinţate în diverse moduri[15] se pot raporta la instituţii juridice izolate sau la ordini juridice întregi[16].

Primul scop al metodei comparative este de a desprinde cunoştinţe[17] specifice căpătând o înţelegere specială a fenomenelor juridice concrete şi individuale, cum sunt termenii de comparat, sau a fenomenelor juridice globale, cum sunt ordinile juridice. Tocmai pentru a permite această înţelegere specială a instituţiilor juridice comparate trebuie mers dincolo de simpla constatare a asemănărilor sau diferenţelor. Analiza paralelă a termenilor de comparat, pe de o parte, înţelegerea lor în ordinile lor juridice, pe de altă parte, sunt întotdeauna făcute în vederea comparării finale care, pregătită deja în timpul primelor două faze, are loc în cea de-a treia. În această a treia fază comparatistul *compară în mod metodic* toate aspectele termenilor de comparat, punct cu punct şi element cu element. Mergând de la detaliu spre global şi de la analiză spre sinteză, compararea aceasta tinde să atingă îndeosebi trei obiective. Cel dintâi este de a identifica şi de a scoate la iveală toate raporturile, deci toate deosebirile şi asemănările existente între termenii de comparat. Aceasta este problema relaţiilor. Al doilea obiectiv este de a preciza valoarea exactă a relaţiilor constatate. Este problema razei de acţiune a relaţiilor. Al treilea este de a preciza raţiunea de a fi a acestor raporturi, prin urmare de a încerca să identifice scopul şi cauza lor. Este problema cauzelor relaţiilor[18]. Examinând aceste probleme, comparatistul răspunde succesiv întrebărilor: ce, cum, de ce. Unii autori sunt de părere că juristul comparatist trebuie în cele din urmă să facă o apreciere ce tinde să precizeze valoarea respectivă a soluţiilor degajate[19]. În această ultimă fază, demersul comparativ este cu mult mai puţin

[14] A se vedea **infra**, Nr. 112.
[15] A se vedea **infra**, Nr. 112.
[16] Este rolul macro-comparării.
[17] A se vedea **infra**, Nr. 112.
[18] Fiecare din aceste probleme va fi examinată în cadrul unei secţiuni proprii.
[19] A se vedea **infra**, Nr. 105.

analitic decât sintetic şi generalizator. El este pe alocuri descriptiv, dar mai ales critic, apreciativ şi, dacă e nevoie, capabil să definească valori.

Secţiunea a II-a

IDENTIFICAREA RELAŢIILOR

94. RELAŢIILE, FORMELE LOR ŞI PLANUL PE CARE ELE ACŢIONEAZĂ

Primul demers metodologic în această ultimă fază este de a desprinde relaţiile dintre termenii de comparat. În acest sens, *Radbruch*[20] preciza că dacă actul comparării juridice constituie o activitate independentă de ştiinţa juridică, alături de dogmatica juridică şi de istoria dreptului, el nu se poate epuiza în juxtapunerea de soluţii naţionale. Ca să facă mai vizibile asemănările şi diferenţele, compararea juridică trebuie să pună relaţiile în raport unele cu altele, din punctul de vedere al unităţii şi diversităţii. Raporturile acestea există, însă comparatistul este cel ce trebuie să le dezvăluie şi să le precizeze după ce a examinat termenii de comparat. Aşa făcând, comparatistul desprinde noi cunoştinţe, punct final al procesului metodologic al comparării[21]. Relaţiile de asemănare sau de diferenţiere ce există între doi termeni de comparat apar în mod necesar în fiecare compartiment al schemei comparative şi pe toate planurile pe care analiza comparativă a fost făcută. Sprijinindu-se pe rezultatele dobândite pentru fiecare chestiune cuprinsă în "schema comparativă" şi pe toate planurile analizei, comparatistul va preciza natura, intensitatea şi extinderea relaţiilor şi va face sinteza comparativă. Planurile sunt de trei feluri. Mai întâi, cel al elementelor determinante sau fungibile. Este foarte important pentru comparatist să ştie dacă termenul de comparat constituie un element determinant, un element fungibil, foarte puternic sau puţin influenţat de primul. După cum s-a arătat[22], al doilea plan este cel al izvoarelor. Asemănări pe planul legal pot fi anulate de diferenţele ce apar pe planul jurisprudenţial[23] sau pe cel al practicii. În sfârşit, al treilea plan este planul structural, funcţional sau al rezultatelor[24]. Un exemplu poate sublinia mai bine importanţa acestei probleme metodologice. Studiul

[20] *Radbruch*, 432.
[21] A se vedea **infra**, Nr. 112.
[22] A se vedea **supra**, Nr. 54 şi urm.
[23] A se vedea **supra**, Nr. 59.
[24] A se vedea **supra**, Nr. 28.

comparativ al rezoluţiunii în dreptul german şi francez trebuie să se refere la toate chestiunile ce figurează în schema comparativă. Printre acestea se află neexecutarea, în calitate de condiţie ce justifică dreptul creditorului de a cere rezoluţiunea contractului. Diferenţele dintre sistemele german şi francez sunt foarte mari pe plan legal. Într-adevăr, sistemul legal german nu cunoaşte decât imposibilitatea de executare, întârzierea şi neexecutarea în termenul stabilit de creditor, ca forme de neexecutare susceptibile să justifice rezoluţiunea. Conform Codului civil francez, orice formă de neexecutare este susceptibilă de a îndreptăţi acţiunea în rezoluţiune. Deosebirea este foarte mare între sistemul german, care limitează acest drept la unele forme de neexecutare, şi sistemul francez care este larg şi nerestrictiv. Aceste diferenţe profunde au fost anulate de acţiunea jurisprudenţei germane. Prin admiterea teoriei acelor *positiven Vertragsverletzungen*, ea a modificat sistemul acesta restrictiv deoarece, eliminând diferenţele legale, a dus la o identitate între cele două ordini juridice[25] în ce priveşte forma încălcării contractuale.

În ce priveşte problema punerii în practică a rezoluţiunii, o mare diferenţă separă, pe plan legal, cele două ordini juridice. Conform articolului 1184 din Codul civil rezoluţiunea este judiciară; conform § 348 BGB rezoluţiunea are loc, în dreptul german, "printr-o declaraţie adresată celeilalte părţi"[26]. Jurisprudenţa şi practica, atât germană cât şi franceză, au micşorat dimensiunea acestei diferenţe. Contestând temeinicia declaraţiei unilaterale de rezoluţiune făcute de creditor, debitorii şi practica germană au ajuns să încredinţeze, în aceste cazuri, tribunalelor un drept de a controla punerea în practică a rezoluţiunii. Pe de altă parte, tribunalele franceze au admis că în anumite ipoteze creditorul poate rupe contractul în mod unilateral; pronunţând în acest caz rezoluţiunea, tribunalele nu fac decât să confirme această ruptură. Totodată, diferenţa fundamentală dintre cele două ordini juridice în această privinţă subzistă în ciuda acestor practici ce le apropie una de alta. În sfârşit, funcţiile rezoluţiunii sunt aceleaşi în cele două ordini juridice: a face să înceteze efectele contractului şi, în consecinţă, în ce priveşte trecutul, a repune părţile în situaţia anterioară şi, în ce priveşte viitorul, a descărca părţile de obligaţiile lor. În ciuda unor diferenţe de detaliu ce rezultă din faptul că fiecare ordine juridică construieşte şi justifică soluţia sa într-un mod oarecum divergent, cele două ordini juridice se aseamănă întrucât rămân fidele principiului încetării contractului[27].

---

[25] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 255-270.
[26] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 182-186.
[27] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 188-195.

Soluţia celor două ordini juridice este identică pentru viitor, deoarece descarcă părţile de obligaţiile lor. Pentru trecut, soluţia este aceeaşi în măsura în care cele două ordini juridice sunt fidele principiului potrivit căruia rezoluţiunea obligă părţile să restituie prestaţiile primite. Aceasta însă este o aparenţă, fiindcă modul de a realiza acest principiu se deosebeşte mai ales din cauza sistemului care opune cele două ordini juridice în materie de transfer de proprietate[28]. În dreptul german, bazat pe *Abstraktionsprinzip*, exercitarea rezoluţiunii nu are decât "efecte obligatorii"[29], limitate *inter partes*. Aceste efecte nu pot nici ele să se răsfrângă asupra terţilor, sub-dobânditori ai obiectului contractului supus rezoluţiunii. Dimpotrivă, în dreptul francez, rezoluţiunea are efecte reale care, în anumite ipoteze, se pot răsfrânge contra terţilor[30]. În ciuda identităţii de funcţie a rezoluţiunii, diferenţele dintre cele două ordini juridice pe planul rezultatelor practice pot fi foarte mari.

Acest exemplu sugerează mai multe observaţii. Prima este că pentru a sesiza adevăratele relaţii dintre doi termeni de comparat nu e suficient să se indice câteva asemănări şi diferenţe, chiar dacă ele sunt esenţiale; în vederea acestui lucru, trebuie identificate *toate* relaţiile existente între ei. Comparatistul trebuie să descopere şi să precizeze toate relaţiile dintre termenii de comparat, pentru toate chestiunile incluse în schema comparativă, şi aceasta chiar dacă după aceea el nu va folosi decât unele dintre ele[31]. A doua observaţie este că juristul comparatist trebuie să înglobeze în sinteza comparativă relaţiile ce apar pe *toate* planurile. Numai în acest mod comparatistul va obţine o imagine exactă, deoarece este completă, a relaţiilor existente între cei doi termeni de comparat. A treia observaţie este că trebuie evitată orice concluzie generală înainte de a fi examinat întreaga realitate juridică. Concluzii parţiale, întemeiate pe cunoaşterea unui singur aspect al realităţii juridice examinate, chiar dacă acest aspect este aspectul legal, sau pare principal, toate acestea nu pot fi prezentate ca o concluzie generală.

95. EXEMPLE DE DIFERENŢE LA CARE DUCE COMPARAREA PE PLANUL PRACTIC

Două ordini juridice se pot găsi în faţa aceleiaşi probleme, dar puse în termeni diferiţi[32]. Se poate de asemenea, şi aceasta este o a doua

---

[28] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 196-210.
[29] Schuldrechtliche Wirkung.
[30] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 216-22.
[31] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La Résolution**, Nr. 216-22. A se vedea **infra**, Nr. 96.
[32] *Horst Müler*, **Gedanken zum Schutz des guten Glaubens**, ZRVgl 1963, 3.

ipoteză, ca mijloacele prin care ele rezolvă aceeaşi problemă să fie deosebite, deşi duc la soluţii echivalente[33]. Două ordini juridice pot în fine să pornească de la aceleaşi principii juridice şi totuşi să fie divergente în maniera tehnică de a le realiza. Aceste diferenţe în ce priveşte mijloacele pot duce la consecinţe practice divergente. Să luăm exemplul convenţiilor privind renunţări sau tranzacţii în problema pensiei alimentare după divorţ, în ordinile juridice franceză şi engleză. Principiul fundamental în ambele ordini juridice este de a interzice ca divorţul să fie pregătit sau făcut posibil de tranzacţiile părţilor. Este aici o regulă de *ordine publică* ("*ordre public*") pentru una din cele două ordini de drept, de *public policy* pentru cealaltă. Ambele ordini juridice fac deci eforturi pentru a le interzice părţilor să exercite o influenţă asupra rezultatului acţiunii de divorţ şi să faciliteze desfacerea căsătoriei prin convenţii referitoare la pensia alimentară. Totuşi, punerea în practică tehnică a acestui principiu este deosebită în cele două ordini juridice.

Revenind complet asupra unei jurisprudenţe constante şi aproape seculare, Curtea de Casaţie franceză stabilea în 1949 principiul că pensia alimentară prevăzută de articolul 301 alineat 1 din Codul Civil nu poate face obiectul unei tranzacţii[34] sau al unei renunţări. O asemenea convenţie, încheiată înaintea hotărârii de divorţ având autoritate de lucru judecat, este întotdeauna nulă, prin obiectul ei, iar aceasta se întâmplă fără să ne punem problema dacă scopul ei era sau nu să faciliteze divorţul[35]. Plecând de la ideea că astfel de convenţii sunt întotdeauna susceptibile de a înlesni divorţul, tribunalele franceze admit că atunci când convenţiile sunt încheiate înainte ca hotărârea de divorţ să capete autoritate de lucru judecat, ele constituie[36] o probă irefragabilă în acest sens. Bazându-se pe *public policy* tribunalele engleze[37] declară nulă renunţarea prealabilă a soţiei la pensia alimentară. De fapt, hotărârea se explică de asemenea prin voinţa de a evita ca, apoi, administraţia să fie silită să se îngrijească de nevoile femeii care a renunţat la pensia sa. Totuşi, contrar dreptului francez, pentru care

---

[33] Este ceea ce dezvăluie mai ales compararea dreptului englez cu ordinile juridice continentale. A se vedea asupra acestui punct şi *K. Zweigert*, **Des solutions identiques**, 5 şi urm.

[34] Civ. civ., 28 februarie 1949, D. 1949. 301 şi nota *Ripert* = J.C.P. 1949. II, 4888 nota *Esmein*.

[35] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Der Unterhaltsanspruch**; *Teigelack*, 129 şi urm.

[36] *H. Sinay*, **Les conventions sur les pensions alimentaires**, RTDC 1954, 228 şi urm.; *Hébraud*, **La pension alimentaire de l'art. 301 du C. civ. et les conventions en vue du divorce**, J.C.P. 1952. I. 978.

[37] Hyman v. Hyman (1929) All.E.R. Rep. 245; 98 L.J.P. 81, HL.

întreaga convenţie este nulă, dreptul englez[38] admitea că nulitatea renunţării soţiei nu duce în mod automat la nulitatea obligaţiei soţului, atâta vreme cât nu existau alte motive pentru aceasta. Dreptul englez a legalizat soluţia tribunalelor. Sec. 23 (1) (b) din *Matrimonial Causes Act*[39] precizează în mod expres că în caz de nulitate a promisiunii de renunţare la pensia alimentară făcută de soţie, obligaţia soţului rămâne valabilă, atâta timp cât convenţia nu este declarată nulă din alte motive. Aici apare deja o primă diferenţă pe planul rezultatelor juridice dintre cele două ordini de drept: dreptul francez declară nulă întreaga convenţie; dreptul englez începe prin a anula numai renunţarea soţiei la pensia alimentară. Totuşi, diferenţa aceasta pe planul efectelor juridice, în ciuda aparenţelor, nu implică o diferenţă pe planul rezultatelor practice. Într-adevăr, şi în dreptul francez, nulitatea întregii convenţii lasă să subziste în totalitate obligaţia legală a soţului la plata pensiei alimentare în caz de divorţ pronunţat în favoarea soţiei. Totodată, această deosebire pe panul rezultatelor juridice poate antrena alte consecinţe care, de această dată, duc la diferenţe pe planul practic. Într-adevăr, în mod constant, tribunalele engleze[40] îşi arogă dreptul de a examina dacă convenţiile se bazează pe o *înţelegere secretă* ("*collusion*"), cu alte cuvinte dacă ele au fost încheiate în vederea înlesnirii divorţului sau pentru a-l face posibil, şi, în acest caz, de a le anula. Aceasta înseamnă că asemenea convenţii erau nule în ansamblul lor, ca în dreptul francez. În plus, ele aveau o influenţă asupra divorţului însuşi care devenea imposibil în mod absolut. Până în 1963 *înţelegerea secretă* ("*collusion*") constituia un obstacol absolut pentru divorţ, *absolut bar*. Diferenţa juridică şi practică în raport cu dreptul francez este mare întrucât convenţia anulată, ca atare, nu influenţează direct divorţul în dreptul francez. În sfârşit, în dreptul englez[41], pentru a putea aprecia dacă ne aflăm în situaţia unei *înţelegeri secrete*, convenţiile trebuie supuse tribunalelor competente pentru procedura de divorţ. Din 1963 obligaţia aceasta a devenit legală[42]. Conform sec. 4 *Matrimonial Causes Act*[43], tribunalele examinează convenţiile ca să

---

[38] Goodinson v. Goodinson (1954) 2 All.E.R. 255, C.A. de L.J. Somervill, 258.

[39] Din anul 1965. Aceste exemple sunt luate din evoluţia până la Matrimonial Proceedings and Property Act (1970), intrat în vigoare în întregime la 1 ianuarie 1971.

[40] Churchward v. Churchward and Holliday, (1895) P. 7, 30; (1891-1894) All.E.R. 793, 795.

[41] Teale v. Burt (otherwise Teale) and Burt, (1951) P. 438. A se vedea de asemenea *Teigelack*, op. cit. 129 şi urm.

[42] 1963 c. 43-45 Statutes 436.

[43] Confirmat de s. 5 (4) (a) Matrimonial Causes Act din 1965.

vadă dacă sunt afectate de *objectionable collusion*. Dar *collusion* nu mai este un obstacol absolut la divorţ ca înainte. Ea a devenit o *discretionary bar* lăsată la aprecierea tribunalelor.

Diferenţele juridice şi practice faţă de dreptul francez, deşi mai reduse ca înainte de 1963, subzistă. În dreptul francez, convenţiile încheiate înaintea hotărârii definitive de divorţ atrag prezumţia irefragabilă de înlesnire a divorţului şi sunt, prin acest fapt, nule. În dreptul englez, aceleaşi convenţii nu sunt nule *eo ipso*; ele sunt nule în caz de *collusion*. Totuşi, în dreptul francez, procesul de divorţ îşi urmează cursul; el nu poate fi *direct* influenţat de nulitatea convenţiei, în sensul că judecătorul nu poate respinge divorţul din cauza convenţiei nule. Judecătorul francez nu are puterea de apreciere a judecătorului englez în această materie; el trebuie să declare nulă orice convenţie încheiată anterior, şi atâta tot. Iată cum acelaşi principiu, deoarece este realizat prin mijloace tehnice diferite, duce la rezultate juridice şi practice diferite. De aceea comparatistul trebuie să precizeze relaţiile pe fiecare plan pe care ele se manifestă.

96. Importanţa relaţiilor

După cum orice eveniment nu are în mod necesar o importanţă istorică, tot aşa orice raport între doi termeni de comparat nu are obligatoriu o semnificaţie comparativă. La fel ca istoricul ce trebuie să facă deosebire între lucrul important şi cel accesoriu şi să despartă evenimentul cu importanţă istorică de cel ce nu o are[44], comparatistul trebuie să distingă, printre relaţiile termenilor de comparat, între cele ce au o însemnătate comparativă şi cele care nu o au.

Desigur, încă în cursul primei faze, datoria metodei comparative este de a examina termenii de comparat aşa cum sunt. Totuşi, anumite aspecte, deşi par foarte importante, pot să nu aibă decât o semnificaţie aparentă, pe când relaţii fundamentale pot să nu aibă decât o existenţă ascunsă. Or, orice comparare făcută pe baza aparenţelor false pe care le pot îmbrăca relaţiile termenilor de comparat este în mod necesar eronată. Încă din această fază, comparatistul trebuie să încerce să dezvăluie realul faţă de aparent. Acelaşi motiv îl obligă să atace faza a treia stabilind importanţa exactă a relaţiilor constatate[45]. Operaţia aceasta constă în a distinge formalul de real, desprinzând ceea ce este

---

[44] *Jhering*, I, 58. A se vedea de asemenea *Lévy-Bruhl*, 178 şi urm.

[45] În acest sens deja *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 51. A se vedea de asemenea *Ascarelli*, 10.

efectiv de aparent pentru a da relaţiilor adevărata lor însemnătate. Într-adevăr, identitatea legală a doi termeni de comparat ce rezultă din identitatea a două texte de lege nu înseamnă că în fapt, adică în interpretarea şi în aplicarea lor practică, ei vor fi întotdeauna aceiaşi[46]. Această observaţie este exactă chiar şi pentru ordinile juridice a căror unitate este sigură. Astfel, deşi pleacă de la acelaşi text, articolul 1382 şi 1384 din Codul civil, jurisprudenţa belgiană se separă de jurisprudenţa franceză, în materie de răspundere delictuală, în ceea ce priveşte mai multe puncte importante[47]. La fel, tribunalele luxemburgheze nu interpretează şi nu aplică întotdeauna Codul civil în acelaşi mod ca tribunalele franceze[48]. Aceasta înseamnă că sub unitatea aparentă a textelor şi a normelor juridice, care formează termenul de comparat, se ascund reguli ce au o importanţă reală diferită în fiecare ordine de drept[49]. Astfel, o diferenţă ce pare fundamentală la prima vedere poate să nu aibă, în realitate, decât o valoare formală. Este cazul ori de câte ori norma juridică, în ciuda caracterului ei legal, nu este aplicată în fapt sau nu este aplicată aşa cum prescrie textul legal. Astfel este evident că diferenţele dintre răspunderea contractuală în dreptul german şi francez, în ceea ce priveşte punctul de plecare, sunt foarte mari. În dreptul german, răspunderea se bazează pe imposibilitate şi pe întârziere; în dreptul francez, pe neexecutare. Totuşi, diferenţa aceasta este doar aparentă de când jurisprudenţa germană a reformat, în fapt, sistemul legal. Posibilă este şi o situaţie inversă. Mari diferenţe structurale sunt compensate de echivalenţe funcţionale sau de rezultate. E destul să ne gândim la *trust* care, ca instituţie, este necunoscut pe Continent[50]. Totuşi, un anumit număr din funcţiile sale sunt asigurate de alte instituţii. Astfel, diversităţii structurilor îi corespunde o echivalenţă de rezultate.

Dreptul german reglementează în mod legal problema rezoluţiunii în caz de executare parţială a contractului. Paragrafele 325 şi 326 BGB le dau creditorilor dreptul de a alege fie să se mulţumească cu o executare parţială, fie să opteze pentru rezoluţiunea întregului contract atunci când o executare parţială nu mai prezintă interes. Zadarnic ar căuta

---

[46] *Gutteridge*, 109.

[47] Exemplele sunt mult mai numeroase. A se vedea *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 75 şi exemplele pe care ei le dau în continuare.

[48] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 76 şi exemplele pe care ei le dau în continuare. A se vedea de asemenea expunerea de ansamblu a lui *Solus*, **Les transformations du droit civil luxembourgeois depuis 1804**, BSLC 66 (1936/37) 41 şi urm.

[49] *Fontana*, 107; *Ascarelli*, 10, 11 şi passim.

[50] Cu excepţia Luxemburgului. A se vedea **infra**, Nr. 104, nota 102. Cât despre *Trust*, a se vedea **supra**, Nr. 28, nota 116.

juristul german o dispoziţie echivalentă în Codul civil francez. Diferenţa legală este deci foarte mare; totuşi, ea nu este decât aparentă. Întrucât soluţia dată de jurisprudenţa franceză este aceeaşi cu cea dată de BGB. O altă mare diferenţă desparte cele două ordini juridice în privinţa chestiunii de a şti dacă numai încălcarea culpabilă a contractului sau orice încălcare, prin urmare chiar şi aceea care provine din forţa majoră, poate justifica rezoluţiunea contractului. Problema poate să pară de prisos juriştilor germani deoarece paragrafele 323 pe de o parte şi 325 şi 326 BGB pe de altă parte, stabilesc în mod clar că numai încălcarea contractuală culpabilă justifică rezoluţiunea. Juristul german ar căuta degeaba asemenea articole în Codul civil. Articolul 1184 C. civ. nu vorbeşte de *culpă*. Pe de altă parte, jurisprudenţa franceză a aplicat acest articol, deci rezoluţiunea, unor cazuri în care neexecutarea se datora *culpei*, precum şi unor cazuri în care neexecutarea provenea din *forţa majoră*. Diferenţa este aşadar foarte mare din moment ce nici Codul civil nici jurisprudenţa franceză nu fac distincţie privind natura, culpabilă sau nu, a neexecutării. Totuşi, această mare diferenţă nu este decât aparentă. Într-adevăr, tribunalele franceze nu acordă daune-interese *alături de* rezoluţiune decât în cazurile de *neexecutare culpabilă* şi nicidecum în cazurile de neexecutare datorată *forţei majore*. Apoi, în caz de rezoluţiune bazată pe *neexecutarea culpabilă*, decizia tribunalelor are un caracter *constitutiv*. Dimpotrivă, decizia tribunalelor nu are decât un caracter declarativ în caz de neexecutare datorată *forţei majore*. Ceea ce înseamnă că în realitate această distincţie este făcută de tribunalele franceze şi că în fond, în ciuda aparenţelor, soluţia celor două ordini juridice este foarte asemănătoare, diferenţele fiind doar de natură formală[51].

Astfel, compararea poate arăta cât de aparente sunt asemănările legale atunci când ele sunt anulate de diferenţe reale, şi cum unitatea legislativă bazată pe identitatea textelor poate să nu aibă decât o importanţă aparentă atunci când tribunalele dau interpretări divergente şi soluţii diferite. Invers, compararea poate arăta cum asemănări mari sau o unitate de rezultate practice se ascund sub aparenţe divergente; cum se ajunge la soluţii identice sau echivalente folosind alte căi.

Dar relaţiile constatate pot avea consecinţe diferite după cum termenul de comparat face parte din elementele determinante sau din cele fungibile. Într-adevăr, situaţia este diferită atunci când asemănările dintre două ordini juridice se referă la elementele determinante sau la cele fungibile. Asemănările ce există între structurile determinante din două ordini juridice reunesc aceste ordini juridice în cadrul aceluiaşi Sistem.

---

[51] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, 61 şi urm.

Dimpotrivă, identităţile ce există între elementele fungibile rămân limitate la instituţia respectivă. Ele nu reuşesc să apropie cele două ordini juridice atunci când elementele determinante le separă[52].

Odată stabilită importanţa reală a relaţiilor şi odată efectuată separarea dintre relaţiile formale şi cele reale, vom constata că dincolo de falsele echivalenţe şi de simetriile echivoce se desprind asemănări adevărate. În această fază, pentru comparatist, este vorba aşadar să recunoască realul ascuns sub aparenţe diverse[53] şi să sesizeze realitatea dincolo de diversitatea formelor. Ceea ce va permite dezvăluirea adevăratelor raporturi ce unesc termenii de comparat.

Secţiunea a II-a

CAUZELE RELAŢIILOR

97. MULTIPLICITATEA CAUZELOR CE EXPLICĂ ASEMĂNĂRILE ŞI DIFERENŢELE

După ce a desprins relaţiile existente între termenii de comparat şi a precizat importanţa lor exactă, comparatistul trebuie să se întrebe care este *de ce*-ul lor, cu alte cuvinte care le sunt cauzele. Răspunsul depinde mai întâi de concepţia pe care o avem despre drept. Dacă dreptul este privit ca o rezultantă juridică a componentelor sociale, sau ca un punct de echilibru juridic realizat de paralelogramul forţelor sociale, atunci nu putem separa studiul cauzelor ce explică asemănările şi deosebirile de cauzele sociale. În acest caz, dreptul comparat nu se poate limita la examinarea textelor; el trebuie să pătrundă adânc în complexul fenomenelor metajuridice. Dreptul comparat a simţit mai devreme şi mai intens decât orice altă disciplină juridică necesitatea aceasta. În mod necesar, această concepţie i-a făcut pe comparatişti să se aplece asupra cauzelor metajuridice[54], politice şi sociale, istorice şi economice, ideologice şi morale ce determină naşterea şi influenţează dezvoltarea dreptului, pentru a cunoaşte motivele asemănărilor şi diferenţelor pe

[52] Această problemă va fi tratată în volumul al treilea.

[53] *Lepaulle*, **The Function of Comparative Law**, 853.

[54] *Ascarelli*, Prefazione, XII. Pentru rolul religiei catolice care explică opoziţia dintre Portugalia, Spania şi, până în prezent Italia, pe de o parte, şi Franţa şi Belgia, ţări ce nu cunosc căsătoria conform dreptului canonic, pe de altă parte, a se vedea *Carbonnier*, 81.

care le constată. Totodată, raportul dintre drept şi aceste cauze nu este nici mecanic, nici unic, nici predeterminat. Întrepătrunderea forţelor sociale este complexă iar libertatea umană se manifestă în fiecare din ele pentru a ajunge la norma juridică. Nu pot fi reduse raporturile normei juridice şi ale cauzelor sale sociale la o ecuaţie matematică sau la un raport mecanic între structura economică şi norma juridică, între mijloacele de producţie şi drept, aşa cum cred unele doctrine. Deoarece multiplicitatea cauzelor în stare să explice relaţiile se opune oricărei explicaţii monocauzale[55]. După cum nu există drept produs de un singur factor, nu există nici *drept pur* în afara *istoriei* sale, deci în afara contextului său social, economic, politic şi ideologic. Totuşi, examinând dreptul în contextul său, trebuie să înţelegem instituţia comparată ca pe un *act de creaţie juridică*. *Construit*-ul juridic nu poate fi redus la determinismul mecanic al cauzelor pre-juridice. Astfel, admiţând istoricitatea şi raportul contextual al dreptului cu mediul său, nu se poate reduce dreptul la o simplă istorie socială, economică sau politică. Rezultatele metodei comparative evidenţiază faptul că norma juridică nu este nici fenomen autonom şi detaşat de contextul socio-istoric, dar, cu atât mai puţin, nici un produs mecanic şi prestabilit al acestui context. Metoda comparativă permite în acelaşi timp o înţelegere a fenomenului juridic în istoria sa contextuală, ca şi în esenţa sa. Ea ajunge astfel la o înţelegere mai completă a fenomenului juridic, fără ca prin aceasta să putem crede că rezultatele obţinute prin metoda comparativă pot fi transformate în dogmă.

Comparatistul nu trebuie să uite niciodată multiplicitatea elementelor date ce intervin în elaborarea şi care influenţează evoluţia regulii de drept. Atunci când pune problema de a şti care sunt cauzele diferenţelor şi asemănărilor, el trebuie să ţină seamă de această multiplicitate. E posibil ca unul din aceşti factori să aibă o importanţă preponderentă. Totuşi, este complet anti-ştiinţific să se considere că un singur factor este totdeauna esenţial şi semnificativ pentru elaborarea normei juridice. Aşadar, trebuie să respingem metoda aceasta *reducţionistă*[56] precum şi opinia conform căreia norma juridică nu ar fi decât epifenomenul structurii economice.

---

[55] În aceasta constă de asemenea unul din punctele slabe ale teoriei juridice marxiste care reduce dreptul la o explicaţie monocauzală: structurile economice. A se vedea de asemenea *Heldrich*, 432 nota 22 şi *Gessner*, 242.

[56] Alte ştiinţe sociale au fost victimele acestei metode*reducţioniste*.

98. CAUZELE RELAȚIILOR NU POT FI CĂUTATE ÎN EVOLUȚIA AUTONOMĂ A DREPTULUI NICI ÎN STADIILE DE EVOLUȚIE

Este evident că dreptul, ca şi societatea, de altfel ca şi orice lucru viu în domeniul individual sau colectiv, evoluează şi se transformă. Adevărul acesta, devenit de mult timp banal, pune totuşi probleme ce lasă să persiste îndoieli. Prima este aceea de a şti dacă dreptul evoluează prin el însuşi. Cu multă vreme în urmă, juriştii credeau, pornind de la istoria dreptului, că acesta, în evoluţia sa, îşi este suficient lui însuşi[57]. Cu toate acestea, *Jhering* observase deja că dreptul trebuie să abandoneze iluzia evoluţiei spontane. Ştiinţele naturale, care începuseră să caute cauza transformărilor organismelor în cauze şi în influenţe exterioare, o făcuseră deja. Doctrina evoluţiei, concepută ca un proces uniliniar şi mecanic, fusese înlocuită cu ideea că această evoluţie se realizează prin impulsuri exterioare. Pe vremea lui *Jhering*, un mare progres metodologic fusese făcut de către ştiinţele naturale tocmai în măsura în care ele puneau în lumină influenţa mediului înconjurător şi importanţa cauzelor exterioare. Dreptul, ca şi alte ştiinţe sociale, nu poate fi cunoscut şi explicat în el însuşi, cu alte cuvinte fără referire în raport cu mediul său socio-istoric. E unul din marile merite ale lui *Jhering* de a fi făcut să fie înţeleasă importanţa fundamentală a mediului, a *substratum*-ului, a contextului social în ce priveşte dreptul şi de a-l fi pus pe acesta în legătură cu cauzele exterioare ce-l influenţează[58]. Dar dacă dreptul nu evoluează nici spontan nici uniliniar, cauzele relaţiilor constatate între termenii de comparat nu pot fi explicate pur şi simplu prin diferenţa stadiilor de evoluţie. Ele trebuie căutate în altă parte.

99. RĂSPUNSUL DUBLU PE CARE ÎL PUTEM DA PROBLEMEI CAUZELOR

Chestiunea de a şti care sunt cauzele asemănării şi deosebirii constatate între termenii de comparat poate primi un răspuns dublu. Ele depind şi de concepţia pe care o avem despre drept. Faptul de a înţelege dreptul ca un fenomen al realităţii sau al vieţii sociale ne obligă să-i concepem existenţa printr-o explicaţie cauzală a acestei realităţi. Concepţia aceasta rezultă din voinţa de a explica în mod cauzal realita-

---

[57] *Neukamp, Ernst*, **Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts** (Berlin 1895).

[58] În acelaşi sens *Kovalewski*, **La sociologie et l'histoire comparée du droit (Procès-verbaux)** I, 413.

tea în ştiinţele naturale ca şi în ştiinţele sociale. Problema a fost examinată mai ales de ştiinţa juridică germană[59].

În secolul al XIX-lea, ştiinţele naturale începuseră să explice legile naturale prin raportul cauzal dintre cauză şi efect[60]. Explicaţia aceasta făcuse progrese în genetică, şi chiar în biologie, prin principiul selecţiei. Reluată de ştiinţele sociale, explicaţia cauzală a fost introdusă în drept, concepută de *naturalismul juridic*[61] în diverse moduri. Dreptul era înţeles mai întâi ca efect al cauzelor exterioare[62], ca funcţie a vieţii biologice[63] sau ca fenomen al conştiinţei individuale sau colective. Pe de altă parte, prin *Stuart Mill*, *Le Play* şi *Auguste Comte*, dreptul comparat începe să fie legat de realitatea socială ceea ce merge în acelaşi sens şi pregăteşte terenul pentru apariţia sociologiei juridice.

Conceput prin naştere ca un proces determinat în mod cauzal, dreptul nu mai trebuia explicat pornind de la cauzele istorice, ci plecând de la cauzele sociale şi economice. Cu toate acestea, noţiunea de cauză a normei juridice lasă să subziste o oarecare confuzie datorată posibilităţii unei duble interpretări: această noţiune poate fi concepută ca o cauză propriu zisă (*causa efficiens*) sau ca scop (*causa finalis*). *Jhering* desemnase scopul (*Zweck*) ca fiind forţa creatoare a dreptului (*Schöpfer des Rechts*). În realitate, el nu separă net concepţia finalistă de concepţia cauzalistă[64].

Conform concepţiei care priveşte dreptul ca pe o ştiinţă cauzală, diferenţele constatate între instituţiile juridice care fac parte din două ordini juridice, sau în evoluţia dreptului, provin din cauze de natură socială şi economică. Trecând prin *Interessenjurisprudenz*, concepţia aceasta va duce mai târziu la concepţia acelui *kausales Rechtsdenken*. Principalul susţinător al acestei ultime concepţii, *Müller-Erzbach*[65], subliniază legătura strânsă ce există între drept şi viaţa socială, silindu-se să interpreteze norma juridică, şi mai ales aplicarea ei, cu ajutorul elementelor vieţii sociale semnificative pentru jurisprudenţă[66].

---

[59] *Wieacker*, 562 şi urm.; *Larenz*, **Methodenlehre**, 44 şi urm.; 88 şi urm. şi passim. *Adde: Friedmann*, 160 şi urm., etc. Aceşti autori dau indicaţii bibliografice suplimentare

[60] *Causa aequat effectum.*

[61] *Wieacker*, 563 şi urm.

[62] A se vedea **supra**, Nr. 98.

[63] Îndeosebi prin funcţia socială a dreptului *Saleilles*, *Gény* şi *Duguit* au înnoit tehnica interpretării în Franţa. Funcţia socială a dreptului va fi afirmată cu mai multă tărie de sociologia juridică.

[64] *Wieacker*, 565 nota 23, 567, etc.

[65] Îndeosebi *Müller-Erzbach*, **Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens** (München 1950).

[66] Pentru o analiză de ansamblu a teoriei sale: *Karl Heinz Knauthe*, **Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie. Eine Würdigung der Lehre von Müller-Erzbach** (Berlin 1968).

Cu toate acestea, cealaltă tendinţă părea să câştige teren începând din momentul în care *Stammler* a precizat caracteristicile dreptului ca Ştiinţă[67]. După părerea lui ştiinţele naturale ordonează fenomenele, în spaţiu şi în timp, conform principiului cauzalităţii (*cauză-efect*). Dreptul însă nu aparţine acestei categorii, căci el constituie o ştiinţă finalistă (*Zweckwissenschaft*), ordonând elementele după principiul finalist (*scop-mijloc*). Astfel, dreptul posedă propria sa logică şi propria sa metodă de gândire. În concepţia aceasta, cauza care explică structura şi funcţia unei instituţii juridice este precizată de scopul pe care legiuitorul, sau ordinea juridică respectivă, au vrut să-l atingă. Ca *ştiinţă finalistă* dreptul se deosebeşte în mod necesar de ştiinţele cauzale (*kausalen Wissenschaften*).

Atâta vreme cât dreptul era produsul unei elaborări naturale, făcută în mod mai mult sau mai puţin conştient de către societatea însăşi, iar atâta timp cât legiuitorul se mărginea mai ales să exprime regula de drept deja făurită în creuzetul social, răspunsul dat la întrebarea pusă de dreptul comparat de a şti care este motivul existenţei unei anumite norme juridice era mai cu seamă de natură istorico-socială[68]. Dar cum dreptul intră din ce în ce mai mult în era finalistă, în care legiuitorul îşi propune în mod conştient să atingă anumite scopuri pe care şi le-a fixat, răspunsul dat acestei întrebări dezvăluie caracterul instrumental şi finalist al dreptului şi subliniază calitatea sa de mijloc în raport cu scopul ce trebuie atins. Astfel, *ratio legis* rămâne un indicator important pentru finalitatea unei norme sau a unei instituţii juridice. Însă nici ea nu are decât o valoare relativă fiindcă scopul însuşi poate varia, ceea ce îl face să-şi piardă funcţia sa de orientare[69].

În sfârşit, trebuie subliniat că, între *o* cauză şi *un* efect, cauzalitatea nu reprezintă o invariabilă[70]. Raporturile lor sunt complexe. Orice normă juridică, la fel ca şi orice fenomen social, nu este produsul unei *singure* cauze şi, la rândul său, nu produce un *singur* efect.

Totodată, după cum vom vedea, metoda comparativă recurge în mod necesar la două explicaţii care, în realitate, coexistă în ştiinţa juridică şi îndeosebi în metoda comparativă. Într-adevăr, întrebându-se

---

[67] A se vedea *Larenz*, **Methodenlehre**, 88 şi urm.

[68] *Ascarelli*, 11 scrie: "Studiul dreptului comparat dezvăluie, ca nici un altul poate, relaţiile dintre premisele economice, sociale, istorice, morale, pe de o parte, şi soluţia juridică, pe de altă parte". A se vedea de asemenea *Carbonnier* (**Sociologie juridique**, 187 şi urm.) şi **supra**, Nr. 80.

[69] A se vedea în privinţa acestei probleme: *Krawietz*, **Das positive Recht und seine Funktion** (1967) 17 şi urm.; *Esser*, **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfinding** (1970) 164 şi urm.; *Gessner*, 243 şi urm.

[70] *Gessner*, 250 şi urm.

care este cauza ce explică o anumită structură sau funcţia unui termen de comparat, se poate ca juristul comparatist să descopere faptul că această cauză este de natură cauzală sau de natură finalistă.

100. CAUZELE RELAȚIILOR ÎN ETNOLOGIA JURIDICĂ

Etnologia, şi mai cu seamă etnologia juridică, este cea care s-a ocupat în mod special de cauzele capabile să explice relaţiile de asemănare constatate între termenii de comparat. Acest lucru este explicabil dacă ne gândim că metoda comparativă era pusă în slujba descoperirii relaţiilor dintre societăţi sau civilizaţii.

Constatarea paralelismelor şi mai ales a asemănărilor existente între elemente, forme şi instituţii constituie punctul de plecare în vederea rezolvării marii probleme a etnologiei juridice care era de a lămuri cauzele lor, cu alte cuvinte *de ce*-ul lor. Demersul acesta a dus la problema raporturilor existente între civilizaţii. Pentru unii, acest demers trebuia să slujească la desprinderea marilor sisteme, pentru alţii, el trebuia să permită cioplirea de mici pietre, datorită cărora se va putea ridica apoi, pe o temelie empirico-istorică, o istorie universală a dreptului[71]. De altfel, la început, se credea că pe o cale sau alta, adică prin studiul dreptului popoarelor sau prin cel al instituţiilor juridice, trebuia să se ajungă la visul măreţ care era acela de a realiza o istorie universală a dreptului[72]. Tendinţa aceasta făcea din *compararea instituţională*, din descoperirea paralelismelor şi a asemănărilor, obiectivul însuşi al acestor eforturi. Totuşi, prin teoria evoluţiei, îndeosebi în forma în care *Post*[73] o gândea, concepţia universalistă şi non-istorică se situa în avantaj. În perspectiva aceasta, era mai important să se precizeze că norma juridică răspundea naturii umane şi avea o perspectivă universală, decât să se acorde importanţă contextului istoric în care fusese elaborată.

Teoria aşa numitelor *Kulturkreise* avea ca obiect desprinderea formelor caracteristice ale instituţiilor în diferite civilizaţii şi precizarea variaţiilor lor precum şi a cauzelor lor posibile. Totuşi, scopul funda-

---

[71] *Adam Leonhard*, **Der gegenwärtige Stand und die heutigen Aufgaben der ethnologischen Rechtsforschung. Vortrag auf dem 4. Kongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1926. Bericht** în "Mitteilungen des preussischen Richtervereins Berlin" (1926) IV, 206.

[72] În sensul lui *Kohler*.

[73] *Post*, **Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts** (Oldenburg şi Leipzig 1889) p. III. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49.

mental al acestei teorii era de a preciza raporturile de împrumut, de înrudire sau de migraţie existente între acele *Kulturkreise*[74]. Este totuşi îndoielnic faptul că genealogia formelor unui termen de comparat oarecare se explică prin genealogia grupurilor de civilizaţie (*Kulturgruppe*)[75]. Şi unul şi altul pot suferi influenţe din partea unor factori deosebiţi[76], divergenţi şi chiar contradictorii. În sfârşit, anumiţi autori[77] sunt de părere că unul din obiectivele etnologiei juridice este de a stabili sisteme juridice care ar avea pentru drept aceeaşi semnificaţie pe care o au *Kulturkreise* pentru etnologia generală. Acestea ar constitui fundamentul unei istorii universale a dreptului. Obiectivul este ambiţios şi probabil irealizabil. Singura sarcină realizabilă în acest moment este aceea de a stabili Sisteme juridice actuale pe baza comparării elementelor determinante caracteristice pentru fiecare din ordinile juridice prezente.

101. CAUZELE ASEMĂNĂRILOR ÎN ISTORIA COMPARATĂ A DREPTULUI: RECEPTARE, ÎMPRUMUTURI ŞI CREAŢII SPONTANE

Elaborarea unei instituţii juridice, ca şi a unei ordini juridice, este rezultatul acţiunii combinate a unei pluralităţi de factori. Punând întrebarea care sunt cauzele asemănărilor şi divergenţelor termenilor de comparat, metoda comparativă îndreaptă în mod necesar cercetările spre această pluralitate de factori[78]. Influenţată în acest domeniu îndeosebi de etnologia juridică şi uneori de lingvistica comparată, istoria comparată a dreptului s-a folosit de mai multe explicaţii principale. Cronologic, prima a fost ideea de rasă. Apartenenţa a două popoare la aceeaşi rasă poate fi o cauză în stare să explice paralelismul instituţional în domeniul juridic? Sub influenţa lingvisticii comparate şi a etnologiei juridice, istoria comparată a dreptului a crezut la început acest lucru. La un moment dat, aceasta a fost poate chiar principala explicaţie a paralelismelor[79]. Concepţia istorică despre drept şi teoria *Kulturkreise*, în ciuda unor apărători întârziaţi[80], a ruinat această

---

[74] *Trimborn*, 461. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49 şi urm. şi **supra**, Nr. 34.

[75] *Graebner*, **Methode der Ethnologie** (Heidelberg 1911) 156.

[76] Pentru această problemă, a se vedea de asemenea *Rothacker*, 20 şi urm.

[77] *Trimborn*, 462.

[78] A se vedea **supra**, Nr. 96.

[79] A se vedea, de exemplu, *B.W. Leist*, **Gräco-italische Rechtsgeschichte** şi **supra**, Nr. 34.

[80] De exemplu *Rehfeld*, 13 şi urm.

explicaţie. Într-adevăr, ea nu îi este de nici un ajutor dreptului comparat modern, fie în domeniul micro-comparării şi al metodei comparative, fie în câmpul macro-comparării şi al Ştiinţei dreptului comparat[81].

Dimpotrivă, receptările şi împrumuturile sunt cauze ce explică adesea identitatea sau asemănarea dintre instituţii, atunci când e vorba de ordini juridice care au fost în contact. Astfel, de pildă, pătrunderea grecilor în Egipt[82] a dus la intrarea dreptului grec în Egipt, datorită principiului statutului personal, aproape general recunoscut în lumea veche. Aceasta a deschis calea împrumuturilor şi influenţelor reciproce între aceste ordini juridice[83]. Cercetările au demonstrat că numai în instituţiile juridice ale dreptului sclaviei, tutelei şi ale dreptului posesiei putem vorbi de împrumuturi făcute de dreptul egiptean dreptului grec. Dimpotrivă, pentru instituţiile aparţinând dreptului obligaţiilor şi dreptului de gaj, este vorba de o receptare puternic influenţată de dreptul egiptean, ceea ce a permis în cele din urmă elaborarea unui drept compozit, alcătuit din elemente greceşti şi egiptene. Slaba influenţă pe care dreptul grec a exercitat-o asupra dreptului obligaţiilor se explică prin faptul că, cu mult înaintea întâlnirii celor două ordini juridice, numeroase instituţii cum ar fi împrumutul, depozitul, prestarea de servicii şi contractul de muncă aveau în dreptul egiptean o structură şi o funcţie identică. Dar în cazul altor instituţii juridice, care deşi erau asemănătoare prezentau unele diferenţe, ca de exemplu vânzarea, arenda, cauţiunea, influenţa era exercitată de dreptul egiptean. Acest drept nu cunoştea, de exemplu, clauza garanţiei pentru arendă. Sub influenţa sa, această clauză a devenit din ce în ce mai rară, chiar şi pentru contractele de arendă încheiate de greci. Dimpotrivă, receptarea instituţiilor dreptului grec de către Egipt este vizibilă în domeniul dreptului succesiunilor. Astfel, dreptul de succesiune al soţului supravieţuitor şi testamentul, cunoscute de dreptul grec, au fost din ce în ce mai mult aplicate de egipteni[84].

Faptul că cele două ordini juridice erau bazate pe o structură socio-economică echivalentă, pe de o parte, şi contactul permanent datorat

---

[81] Încercări izolate, ca de exemplu cea a lui *Sauser-Hall* (101 şi urm.), de a face din rasă un criteriu de clasare a ordinilor juridice, n-au avut ecou şi au fost abandonate formal de autor în prefaţa (p. XIII) lucrării **Recueil des Travaux suisses, IVe Congrès international de droit comparé.**

[82] *Schubert*, **Die Griechen in Agypten, Beiheft 10 zum "Alten Orient"** (Leipzig 1927).

[83] *Rafael Taubenschlag*, **Die Geschichte der Rezeption des griechischen Privatrechts in Agypten, Atti del IV Congresso internazionale di Papirologia** (Milano 1936) 272 şi urm., cu o bibliografie complementară.

[84] *Taubenschlag*, 279 şi sursele pe care el le citează.

întrepătrunderii celor două comunităţi, pe de altă parte, făcea posibil împrumutul instituţiilor juridice şi influenţele reciproce. Totuşi, atunci când o instituţie juridică apropiată de dreptul roman apare într-una din ordinile juridice ale provinciilor orientale din vremea romanilor, aceasta nu înseamnă că este vorba de un împrumut sau de o receptare. Aşa cum scria *Wenger*[85] "ca să putem constata o asemenea receptare, trebuie mai întâi făcute cercetări aprofundate" şi dovedite ipotezele punct cu punct, aşa cum o face în acest caz *Taubenschlag*.

Totodată, nu este suficient să constatăm existenţa aceleiaşi instituţii juridice la două popoare ca să tragem concluzia că e vorba de un împrumut sau de o receptare. Astfel de analogii au fost constatate între dreptul roman şi dreptul englez privitor la naşterea procesului[86] şi îndeosebi în sistemul acţiunilor. Aceasta i-a făcut dealtfel pe unii jurişti englezi să încerce să dovedească prin comparări instituţionale în domeniul dreptului civil şi al procedurii profunda asemănare intrinsecă existentă între dreptul roman şi dreptul englez. Totuşi, asemănarea aceasta nu se bazează nici pe filiaţie, nici pe receptare, ci pe creaţii paralele independente[87]. Alte paralelisme şi asemănări au fost observate între instituţiile juridice ale dreptului roman şi ale vechiului drept japonez[88]. Transformarea răzbunării în răspundere a fost constatată în numeroase ordini juridice care nu întreţineau relaţii între ele. Existenţa dreptului feudal a fost dovedită în ordinile juridice ale vechiului Orient, în Egipt, în statele islamice, în ordinile juridice occidentale ale Europei medievale, în Abisinia modernă, în Japonia, în vechea Chină sau în Madagascar[89]. Exemple pot fi date câte vrem. Ele nu se explică nici prin împrumuturi, nici prin receptare, ci prin *creaţii spontane independente* rezultând probabil din faptul că, *în anumite ipoteze*, condiţii socio-

---

[85] *Wenger*, **Nationales, griechisches und römisches Recht in Agypten, Atti del IV Congresso internazionale di Papirologia** (Milano 1936) 163 şi urm.

[86] Dreptul englez a elaborat cu al său *writ* sau *brevia* un sistem de acţiuni care, în structura şi funcţia sa, se întemeiază pe aceleaşi principii ca sistemul de acţiuni al dreptului roman clasic. Analogiile între *writ* şi *actio* reprezintă un exemplu clasic de creaţie juridică, paralelă şi independentă, în dreptul roman şi englez. Pentru această problemă, a se vedea mai ales *Hans Peter*, **Actio und Writ, Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe** (Tübingen 1957). Aceste analogii sunt cu atât mai surprinzătoare cu cât aici nu ordinile juridice latine se apropie de dreptul roman, ci dreptul englez.

[87] Demonstraţia cea mai completă a fost făcută de cartea lui *W.W. Buckland* şi *McNair*. A se vedea **supra**, Nr. 11 şi **infra**, Nr. 125.

[88] *Albertario*, **Il diritto romano** (Milano-Messina 1940) 81 şi urm.

[89] *Koschaker*, **Festschrift für Hirt**; *acelaşi*, **Recueil Lambert** I, 249; *acelaşi*, **Uber einige Probleme des Eherechts im Lichte der vergleichenden Rechtsgeschichte**, DtRwiss 4 (1939) 69; *Erbe*, 210 cu o bibliografie suplimentară.

istorice echivalente duc la instituţii asemănătoare. Exemplele acestea infirmă ideea de transmitere - ca explicaţie generală şi unică - şi confirmă în anumite cazuri ideea unui policentrism al civilizaţiilor. Ele infirmă de asemenea ipoteza unei legi a evoluţiei, unică şi uniliniară, ce trece prin aceleaşi stadii şi cuprinde întreaga viaţă socială şi juridică a popoarelor cu ineluctabilitatea unei legi naturale.

102. Cercetarea istorică în cea de a treia fază

Problema cauzelor ce explică asemănările şi diferenţele dintre doi termeni de comparat capătă adesea un răspuns de natură istorică. Deseori, pentru a înţelege structura şi funcţia actuală a unei instituţii juridice trebuie interogat trecutul. Întrucât cauza care explică structura şi funcţia actuală a unei instituţii juridice va fi adesea de natură istorică. Ceea ce înseamnă că activitatea de cunoaştere a ordinilor juridice actuale nu poate fi disociată de evoluţia lor istorică. Observaţia aceasta este adevărată mai ales pentru Sistemul anglo-american, care, într-o mare măsură, ţine de *istoria prezentă.* Pe bună dreptate *Pollock*[90] scria: "Multe părţi ale dreptului englez, luate separat, prezintă în dezvoltarea lor ceea ce pare a fi o aberaţie grotească". Într-o mai mică măsură, lucrul este adevărat şi pentru celelalte ordini juridice având un trecut istoric. Prin acest ocoliş metoda comparativă pătrunde în istoria dreptului. Înţelegerea de tip comparativ presupune deseori o explicaţie de natură istorică[91]. Astfel, nu putem disocia metoda comparativă de o anumită cercetare istorică rezervându-i dreptului comparat compararea sistematică şi istoriei comparate a dreptului examenul istorico-genetic al ordinilor juridice comparate. În cercetarea comparativă cele două dimensiuni sunt atât de întrepătrunse încât nu le putem despărţi[92]. Foarte adesea comparatistul care vrea să cunoască adevăratele motive ale existenţei unei instituţii juridice, şi de ce ea are în prezent o anumită structură şi o anumită funcţie, trebuie să adreseze întrebări istoriei

---

[90] *Pollock*, **The History of Comparative Jurisprudence**, 77 şi exemplele pe care el le citează. În acelaşi sens *Ascarelli*, 35.

[91] *Batiffol*, *Ourliac* şi *Timbal*, **Histoire du droit et droit comparé dans l'enseignement du droit**, D. 1957, Chron. 206.

[92] *A. Weiss* (**Procès-verbaux** I, 348) scria în 1900: "Ce este, cu adevărat, legislaţia comparată, dacă nu istorie în acţiune, istorie vie? Ea ne înfăţişează, nu de-a lungul secolelor, ci chiar în acel minut, sub forme şi latitudini diverse, în stări sociale deosebite şi în civilizaţii în mod inegal evoluate, seria completă a dezvoltărilor şi metamorfozelor de care o instituţie juridică este capabilă; ea oferă în această privinţă panorama actuală; ea pune în evidenţă legea istorică a cărei acţiune inevitabilă o suportă". În acelaşi sens *Genzmer*, 332.

sale[93]. El trebuie să descifreze trecutul ca să facă de înţeles forma şi funcţia actuală a unei instituţii, pe care juristul naţional nu o mai vede sau care îi pare naturală.

Separarea metodei comparative şi a istoriei comparate a dreptului a fost rezultatul a două modificări importante produse în relaţiile dintre comparare şi istorie: pe de o parte, reacţia împotriva exceselor tendinţei istorice, ce dorea să monopolizeze folosirea metodei comparative şi să confunde istoria comparată a dreptului cu dreptul comparat, s-a întărit. Încă de la sfârşitul secolului trecut, *Meili* va reduce compararea istorică la proporţiile sale exacte arătând adevăratele raporturi ale dreptului comparat actual cu istoria dreptului[94]. Cercetarea istorică este indispensabilă metodei comparative, dar aceasta nu se confundă nicidecum cu istoria comparată a dreptului.

De altfel, compararea a reuşit să facă relativă autarhia ordinilor juridice. Ea a izbutit să scoată dreptul din rutina naţională, dându-i alte perspective. Cercetarea istorică actuală a depăşit zidul chinezesc al frontierelor naţionale[95]. Istoria juridică a popoarelor, ca şi istoria lor generală, nu se explică nici din nici prin ea însăşi. În mod absolut natural istoria dreptului, înţeleasă ca o istorie a ordinilor juridice naţionale, tinde să devină o istorie comparată sau lărgită, înglobând ordinile juridice ale antichităţii şi ale evului mediu european. Astfel istoriei dreptului, construită, de la apariţia Statelor naţionale, în mod vertical, şi legând prezentul fiecărui popor de trecutul său, separându-l în acelaşi timp de trecutul celorlalte, tinde să i se substituie o istorie orizontală a dreptului, concepută ca o mare unitate globală unde istoriile dreptului naţional nu sunt decât nişte fragmente[96].

---

[93] În acest sens *Lambert*, **Fonction**, 53.

[94] În prefaţa la lucrarea sa (**Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft**, Stuttgart 1898) *Meili* scria: "Allerdings ziehe ich stets die Vergangenheit herbei, aber nur soweit dies zum Verständnis der Gegenwart absolut geboten ist. Rechtsgeschichtliche Studien sind nicht identisch mit solchen der Rechtsvergleichung und es ist auch nicht wahr, dass letztere Wissenschaft begrifflich zunächst im Dienste der Rechtsgeschichte stehe oder stehen müsse".

[95] *Genzmer*, 334. Pentru semnificaţia studiului istoriei în cercetarea comparativă, a se vedea de asemenea *René Savatier*, **Les métamorphoses économiques**, seria a 2-a, Nr. 321 şi urm.

[96] Este aici unul din marile merite ale lucrărilor lui *Koschaker*, *Wieacker*, *Callasso*; a se vedea şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 19.

103. Schema teoretică a cauzelor posibile

Problema cauzelor structurilor şi funcţiilor unei instituţii a fost îndelung discutată în etnologia juridică şi în istoria comparată a dreptului. Dimpotrivă, în dreptul comparat, această chestiune, ca problemă metodologică, nu a fost niciodată serios cercetată. În ansamblu, autorii nici nu par să bănuiască faptul că este vorba aici de o chestiune specifică aplicării metodei comparative. Totuşi, se întâmplă că, în studiile comparative, anumiţi autori pun problema motivului asemănărilor şi diferenţelor şi încearcă să desprindă cauzele acestora.

Dar, punând această problemă, comparatistul nu trebuie să urmărească desprinderea legilor generale ale evoluţiei dreptului, nici elaborarea unui tip ideal de instituţii juridice, nici precizarea diferitelor stadii de evoluţie ale dreptului. În acest domeniu, compararea modernă a devenit mai modestă, mai realistă şi mai pragmatică.

Întrebându-se care este cauza relaţiilor constatate, comparatistul nu face decât să ajungă la ultimul stadiu al studiului său. Descoperind cauzele relaţiilor, el dă o ultimă explicaţie în stare să facă să se înţeleagă mai bine fiecare termen de comparat, reaşezat în contextul său, juridic şi social, precum şi să clarifice motivul relaţiilor lor.

Cauzele asemănărilor şi deosebirilor constatate între termenii de comparat pot, în linii generale, să fie integrate în categoriile deja stabilite de istoria comparată a dreptului. Aceste cauze pot fi de natură istorică. Ele pot proveni din împrumuturi care înglobează receptări generale sau împrumuturi parţiale; ele pot avea o origine accidentală sau pot fi creaţii paralele autonome. În sfârşit, ele pot fi considerate ca soluţii date pe planul *construit*-ului unor nevoi constante resimţite pe planul *elementelor date* umane, sociale, economice.

Prima cauză a asemănărilor poate fi de natură istorică şi poate rezulta din faptul că cele două ordini juridice puse faţă în faţă de actul comparării au avut o evoluţie juridică comună, sau derivă dintr-o ordine de drept comună. Atunci când este vorba de ordini juridice aparţinând aceluiaşi Sistem juridic şi atunci când ordinile juridice ale acestui Sistem sunt legate între ele de o lungă evoluţie istorică comună, asemănările constatate între termenii de comparat se explică adesea prin trecutul istoric comun sau prin evoluţia asemănătoare a factorilor comuni. Aceste cauze explică foarte des asemănările constatate între ordinile juridice ale ţărilor latine, de exemplu.

A doua cauză a asemănărilor poate consta în *împrumuturi*. Sub această noţiune generală trebuie să înţelegem două fenomene distincte. Primul este receptarea juridică[97], adică primirea *in toto* a unei

[97] A se vedea **infra**, Nr. 125.

întregi ordini juridice, a unei mari părţi sau a unuia sau mai multor coduri. Receptarea *in complexu* explică, de exemplu, asemănările dintre dreptul roman şi dreptul german. Receptarea mai multor coduri elveţiene de către Turcia, receptarea unor coduri europene de către ţările Americii[98], receptarea unor coduri franceze de către Belgia, Luxemburg, parţial de către Olanda şi România[99], explică de asemenea asemănările lor. Aceste receptări pot fi voluntare, ca cele ale ţărilor Americii latine, mai mult sau mai puţin conştiente, ca cele ale Germaniei, României, sau impuse, ca în cazul Belgiei, Luxemburgului şi Olandei.

Al doilea fenomen este cel al receptărilor parţiale[100] sau al împrumuturilor propriu zise. Ele sunt totdeauna voluntare, reduse la o lege sau la câteva instituţii juridice. Ele pot fi directe sau indirecte. Reforma legii germane privind societăţile anonime[101] din 1937 a fost reluată de dreptul spaniol şi de multe alte ordini juridice, în întregime sau cu modificări secundare. Instituţia engleză *trust*[102] a fost reluată de dreptul japonez, de dreptul din Quebec şi din Luxemburg. După cel de al doilea război mondial, Belgia a introdus un Consiliu de Stat calchiat după modelul francez. Legea franceză din 7 martie 1925 instituind *societatea cu răspundere limitată* a fost puternic inspirată de legea germană. Ordonanţa franceză din 2 februarie 1945 privind *delincvenţa juvenilă* a fost împrumutată din legislaţia belgiană. Exemplele sunt foarte numeroase căci încă din a doua jumătate a secolului trecut studiile de drept străin, ca bază a politicii legislative naţionale şi, prin aceasta, a împrumuturilor, au devenit foarte numeroase[103]. Acest fenomen de împrumut poate fi constatat în majoritatea ramurilor dreptului: în dreptul civil, în dreptul comercial şi în dreptul societăţilor, dar şi în dreptul penal, administrativ sau constituţional.

Bineînţeles, nu e de ajuns să se constate că doi termeni de comparat prezintă numeroase asemănări în două ordini juridice, sau chiar în două coduri, pentru a se trage concluzia că este vorba de un împrumut.

---

[98] Pentru receptarea şi influenţa Codului Civil în lume, a se vedea rapoartele naţionale prezentate la Congresul de la Paris (1950) şi publicate sub titlul: **La Semaine internationale de droit** (Paris 1954).

[99] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Le Code civil français et son influence en Europe (Roumanie) La Semaine internationale de droit** (664-688).

[100] A se vedea **infra**, Nr. 129.

[101] Deşi depăşită de noile reforme, a se vedea totuşi frumoasa teză a lui *Ernst Mezger*, **Nouveau régime des sociétés anonymes** (Th. Paris 1939) Nr. 14 şi urm.

[102] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 33.

[103] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 46.

Dacă regimul matrimonial legal sau devoluţiunea parentată a succesorilor *ab intestat*, în dreptul elveţian şi în cel german, prezintă asemănări importante nu trebuie să tragem concluzia că este vorba de un împrumut din dreptul german făcut de Elveţia.

Influenţa exercitată de către pandectişti şi de către ştiinţa dreptului privat german asupra a numeroase ordini juridice în general şi asupra juriştilor elveţieni, cum ar fi *Huber*, în special a fost mare. În ciuda faptului că influenţa BGB-ului este vizibilă în dreptul obligaţiilor, şi parţial în reglementarea drepturilor reale, codul civil elveţian reprezintă o operă originală care nu este simpla adaptare a dreptului civil german. Analiza surselor acestor reguli în dreptul elveţian arată că, de fapt, influenţa codului civil de la Zurich, elaborat de *Bluntschli*, a fost mai importantă decât influenţa exercitată de către BGB[104]. După părerea lui *Sauser-Hall* lucrările de comparare internă, făcute între ordinile juridice cantonale, au contribuit, mai mult decât BGB-ul, la elaborarea Codului civil elveţian.

Câteodată asemănările se datorează unor cauze accidentale. În acest caz, ele au pentru dreptul comparat semnificaţia pe care hazardul o are pentru viaţa umană. Alteori asemănările îşi găsesc cauza în creaţii paralele autonome. Astfel, există analogii foarte frapante "între *fideicommissum familiae relictum* ale romanilor, bunurile de familie ale nobilimii germane care se transmiteau prin bărbaţi şi *entailed interests* din dreptul englez, dar dreptul german n-a împrumutat această instituţie din dreptul roman, nici dreptul englez din dreptul german"[105].

Asemănările pot fi rezultatul, pe planul *construit*-ului şi al tehnicii juridice, al similitudinilor înregistrate în domeniul *dat*-ului. Ele reprezintă atunci răspunsul juridic adus unei nevoi resimţite în domeniul mai profund al *dat*-ului. Totuşi, trebuie să evităm să credem că nevoi sociale asemănătoare produc *în mod necesar* aceleaşi reguli de drept. Acest punct de vedere, specific evoluţionismului uniliniar, a fost foarte bine exprimat de către *von Liszt* la Congresul din 1900: "Nevoile vitale ale unui anumit popor, într-o anumită epocă sunt cele ce dau naştere dreptului acestui popor pentru această epocă. Nevoi vitale asemănătoare trebuie să producă un drept asemănător. Aceasta dă un *fundament posibil* ştiinţei dreptului comparat"[106]. De fapt, nevoi sociale asemănătoare pot fi rezolvate prin reguli diverse. *Praesumptio similitudinis*, conform căreia nevoi sociale asemănătoare produc reguli

---

[104] *Sauser-Hall*, Préface, XI.

[105] *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 33.

[106] *Franz von Liszt*, **La notion de la politique criminelle (Procès-verbaux)** II, 540 şi urm. (pasaje subliniate de raportor).

juridice asemănătoare[107], nu este decât o afirmaţie generală, sprijinită de numeroase probe de detaliu. Totuşi, aproape întotdeauna probele aduse se aflau înscrise în mod implicit în premise[108]. Desigur, astfel de similitudini există. Ele îşi găsesc sursa în natura umană sau în anumite structuri sociale constante. Totuşi, afirmaţia aceasta trebuie să facă obiectul unui studiu aprofundat înainte de a fi ridicată la rangul de principiu.

Aceste cauze pot avea o însemnătate specială pentru dreptul comparat căci astfel el poate dezvălui că, în anumite ipoteze, analogia sau asemănările juridice provin dintr-o echivalenţă existentă în structura societăţii.

Astfel de asemănări există, şi cu siguranţă că identitatea anumitor structuri şi elemente meta-juridice explică echivalenţele pe planul juridic[109]. Astfel, de exemplu, structurile economice[110] ale ţărilor occidentale explică reglementarea dreptului concurenţei, anumite practici neloiale şi, ca urmare a lor, legislaţiile respective care, de altfel, pot căpăta diverse modalităţi tehnice. Reacţia contra tendinţei de concentrare şi dominare a pieţelor de către marile întreprinderi şi industrii este cea care explică legislaţia împotriva acordurilor vizând eliminarea concurenţei şi împotriva abuzului de poziţii dominante[111]. Tehnicile juridice prin care se vrea să se controleze sau să se penalizeze această tendinţă pot fi foarte diferite[112]. Pe de o parte, structurile societăţii actuale, cu numeroasele sale forme de riscuri, tind aproape pretutindeni să completeze sau să înlocuiască răspunderea pentru culpă cu aceea pe bază de risc. Pe de altă parte, ele explică tendinţa de a înlocui răspunderea cu asigurarea. Bineînţeles, unitatea tendinţei nu exclude diversitatea tehnicilor şi a soluţiilor juridice prin care diferitele ordini de drept vor să rezolve aceeaşi problemă. Atunci când un izvor de drept seacă şi nu se mai dezvoltă ca să răspundă nevoilor schimbătoare ale

---

[107] Lista autorilor este extrem de lungă. Să citäm numai câteva exemple: *Zweigert*, **Des solutions identiques**, 5 şi urm.; *Esser*, 358; *Winitzki*, **De la technique comparative en droit**, 521; *Zweigert-Kötz*, I, 36; etc.

[108] A se vedea **infra**, Nr. 119 şi *Gessner*, 235.

[109] *Koschaker*, 147, 198 şi urm.

[110] A se vedea **infra**, Nr. 114 c.

[111] *R. Steckhan*, **Kartelle und zwischenstaatlicher Handel** (Stuttgart-Bruxelles 1967) 19 şi urm. arată în mod convingător că clauza *comerţului interstatal* din dreptul CEE (art. 85 şi urm.) a fost dacă nu primită, cel puţin inspirată de dreptul *Anti-trust* american. Alţi autori au subliniat înaintea lui coincidenţa în însăşi formularea clauzei în cele două ordini juridice.

[112] Dreptul concurenţei din ţările din CEE o dovedeşte. A se vedea, de exemplu, *Deringer*, **Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft** (Düsseldorf 1965). Nu este vorba de a da aici o bibliografie completă.

vieţii sociale, un alt izvor apare şi se impune progresiv pentru a completa sau a înlocui funcţia celui dintâi. Exemplul lui *Equity* faţă de *Common Law* în Marea Britanie, al lui *ius civile* şi *ius honorarium* în dreptul roman, precum şi exemplul dreptului islamic, confirmă existenţa principiului dedublării izvoarelor în anumite situaţii. Exemplele sunt prea numeroase ca să mai fie nevoie să insistăm.

Ca să descoperim, în cadrul variaţiei formelor, permanenţa anumitor reguli şi a anumitor instituţii juridice trebuie să admitem că există în natura umană, pe de o parte, şi în structurile sociale, pe de alta, anumite date permanente ce constituie cauzele unor anumite similitudini şi constante pe care dreptul comparat le descoperă. Comparatistul poate trage concluzia că se află în faţa unei constante atunci când află că o instituţie juridică, deşi variază în detaliu, este expresia unei aceleiaşi nevoi, resimţită de diferite societăţi umane ce se găsesc în puncte diferite ale axei spaţio-temporale. Căci, altfel, cum să explicăm anumite coincidenţe între civilizaţii şi ordini juridice complet străine, fără vreun contact şi fără vreo legătură de ereditate[113]. Aceste constante pot fi generale sau parţiale.

Atunci când se înregistrează aceeaşi tendinţă în toate ordinile juridice care fac parte din acelaşi Sistem, putem trage concluzia că există o *constantă parţială*, caracteristică acestui Sistem şi însăşi prin aceasta deosebită de *constanta generală*, comună tuturor Sistemelor. E de ajuns să ne gândim la puterea părintească ce ne vine în linie directă din dreptul roman. Ea a fost mai întâi o putere, a devenit apoi un drept, terminând prin a fi o datorie. În dreptul roman, era o *potestas* în sensul că puterea lui *pater familias* era nelimitată, necontrolată şi arbitrară ca un adevărat privilegiu. Desăvârşită la început de gândirea creştină şi limitată şi controlată din ce în ce mai mult, această putere este redusă la un drept în majoritatea codurilor secolului al XIX-lea şi începutului secolului al XX-lea. Evoluţia recentă, vizibilă mai întâi în dreptul sovietic, a făcut pur şi simplu să fie trecută în categoria îndatoririlor. E aici o constantă[114] cu vocaţie generală.

Totodată, problema *constantelor* este, în dreptul comparat, tot atât de obscură şi de puţin examinată ca în etnologia juridică. Autorii se

---

[113] În acest sens *Bevilaqua*, 25. A se vedea de asemenea *Koschaker*, 199. Totuşi, problema aceasta ar merita un examen mai aprofundat.

[114] Altădată, putem constata existenţa anumitor *constante* în cadrul evoluţiei istorice a anumitor ordini juridice. În acest sens *Fritz Schulz* (**Prinzipien des römischen Rechts**, Berlin reeditare 1954, 2) ia în considerare anumite principii fundamentale pe care istoria juridică a unor instituţii din dreptul roman le dezvăluie. Pe bună dreptate, el observă că aceste *constante* sunt supuse şi legii transformării şi că ele nu constituie nişte *constante* invariabile.

mulţumesc doar să facă aluzie la ea. În orice caz, nu trebuie să ne gândim că aceste *constante* sunt expresia legilor naturale aşa cum credea etnologia juridică. Problema *constantelor* ca răspuns dat, pe planul *construit*-ului juridic, nevoilor comune înregistrate pe planul datelor, trebuie să fie lămurită prin studii comparative aprofundate de natură juridică şi sociologică[115]. Până atunci, trebuie să admitem că este aici o problemă nerezolvată şi, vorbind de evoluţia paralelă independentă a naturii umane sau de anumite componente tipice ale dreptului ca fiind cauze posibile, descriem mai mult decât lămurim[116].

104. Exemple de cauze ce explică asemănările sau deosebirile termenilor de comparat

Dacă lăsăm de o parte această schemă teoretică, se constată că toate cauzele relaţiilor, ce apar cu prilejul aplicării moderne a comparării sistematice, pot fi de natură istorică, economică, politică sau socială; ele pot proveni din voinţa deliberată a legiuitorului, din insuficienţa legii sau din creaţii paralele. Ca să ilustrăm mai bine aceste afirmaţii vom da două exemple pentru fiecare cauză.

a) *Cauze de natură istorică*

În ordinile juridice care în mare parte sunt *istorie actuală*, cum este dreptul englez, foarte adesea principii sau instituţii juridice nu sunt de înţeles decât examinate în contextul lor istoric. Cauze de natură istorică explică structurile şi funcţiile lor actuale, precum şi diferenţele faţă de instituţiile paralele din alte ordini juridice. Pe bună dreptate *Pollock*[117] scria: "Legea engleză a pământului nu poate fi deloc înţeleasă fără a o explica istoric pe larg; ea nu poate fi înţeleasă foarte bine fără a şti cât de caracteristică a fost istoria engleză a pământului, de la Cucerirea Normandă mai departe, fără a compara averile divergente ale feudalismului englez şi continental".

Totuşi, chiar în alte ordini juridice, cauzele care explică relaţiile dintre termenii de comparat sunt adesea de natură istorică[118]. Anumite asemănări, dar şi diferenţe constatate între dreptul german şi cel francez, sunt deseori de natură istorică. Fidelitatea lor faţă de sursa comună, romană sau germanică, explică asemănările. Dar "diferenţele lor au aproape aceeaşi sursă ca asemănările. Într-adevăr, cele două

---

[115] *Koschaker*, 199; *acelaşi*, **Festschrift für Hirt**, 145; *Rehfeldt*, 7.

[116] *Koschaker*, 199; a se vedea **infra**, Nr. 113.

[117] *Pollock*, **The History of Comparative Jurisprudence**, 78.

[118] *Lévy-Bruhl*, 185 şi urm.

ordini juridice se aseamănă în măsura în care au rămas fidele sursei comune şi se diferenţiază în măsura în care una o reproduce mai puţin decât cealaltă"[119].

Rezoluţiunea constituie un bun exemplu despre modul în care cauzele istorice explică diferenţele constatate între termenii de comparat. Conform articolului 1184 C. civ. rezoluţiunea este în dreptul francez întotdeauna pronunţată de tribunale. Dimpotrivă, conform § 349 BGB ea este pronunţată în dreptul german de creditor. Dacă se pune problema de a şti care este cauza acestei diferenţe, suntem obligaţi să constatăm că ea este de natură istorică. Originea dispoziţiei în dreptul francez[120] se află în dreptul canonic în care judecătorul ecleziastic aprecia dacă partea care nu şi-a executat contractul săvârşise un păcat susceptibil de sancţiuni ecleziastice, independent de eliberarea juridică a celeilalte părţi. Caracterul judiciar al rezoluţiunii s-a păstrat şi el a intrat în Codul civil. Dacă rezoluţiunea în dreptul german este un *Gestaltungsrecht*[121] aceasta se datorează faptului că BGB-ul a împrumutat-o de la ALR[122] care se caracteriza prin neîncrederea în judecător şi prin voinţa de a-i asigura normei juridice o aplicare aproape automată datorită unei reglementări legale foarte amănunţite[123].

Efectele rezoluţiunii faţă de terţi sunt un alt exemplu. În dreptul francez, rezoluţiunea are efectele unei condiţii rezolutorii; ea are efecte reale care se răsfrâng asupra terţilor[124]. Vânzătorul îşi poate recăpăta imobilul, chiar de la sub-dobânditorul său, şi aceasta cu titlu de proprietar, cu condiţia să-şi fi înregistrat contractul. În dreptul german, conform § 346, rezoluţiunea nu are decât efecte personale, limitate în mod necesar la părţi[125]. Restituirea este legată în dreptul francez de condiţia rezolutorie; în dreptul german, explicaţia este totodată complexă şi controversată. Efectul personal al rezoluţiunii în dreptul

---

[119] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, 513.

[120] *G. Boyer*, **Recherches historiques sur la résolution des contrats** (Th. Paris 1924) 212 şi urm.; *René Cassin*, **De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques** (Th. Paris 1914) 337; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 181 şi urm.

[121] *E. Seckel*, **Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch** (Berlin 1903) 210 şi urm.

[122] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 183.

[123] *E. Müller*, **Le Code civil en Allemagne, Livre du Centenaire** (Paris 1904) II, 627.

[124] *Lepeletier*, **La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations** (Th. Caen 1934) 316; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 216 şi urm.

[125] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 219.

german[126] este o consecinţă a faptului potrivit căruia Contractul de vânzare a unui imobil se realizează prin două operaţiuni distincte. Dreptul german a rămas fidel dreptului roman care împărţea transferul proprietăţii în două operaţiuni distincte[127], bază a acelui *Abstraktionsprinzip*[128], şi principiului iniţial: *ex nudum pactum obligationem non parit*. În dreptul francez, prin etape succesive şi datorită dreptului canonic, acest principiu a fost înlocuit de contrariul său: *solus consensus obligat*. Dreptul francez a reunit cele două operaţiuni, crearea obligaţiei şi executarea ei, deci obligaţia de a transfera şi transferul proprietăţii, într-un singur act. Formula Codului civil[129] păstrează încă urma dublei operaţiuni deşi transferul proprietăţii a devenit consensual. Or, exact aceasta explică în dreptul francez faptul că stingerea contractului prin rezoluţiune distruge în acelaşi timp cele două operaţiuni reunite: obligaţia de a transfera precum şi transferul însuşi. Odată contractul desfiinţat în urma rezoluţiunii, vânzătorul îşi recapătă bunul, în calitate de proprietar. Influenţa dreptului canonic în dreptul francez şi fidelitatea dreptului german faţă de principiul dreptului roman constituie cauza de natură istorică ce explică diferenţele în efectele rezoluţiunii ca termen de comparat.

b) *Cauze de natură economică*

Uneori caracteristicile unei instituţii juridice şi diferenţele sale faţă de celălalt termen de comparat se explică prin motive strict economice. Promulgarea legii care pronunţa moratoriul datoriilor agricole, în 1936, în România s-a datorat crizei economice rezultate din scăderea preţurilor agricole; criză ce a lovit ţăranii, cu alte cuvinte clasa cea mai importantă numeric.

Atunci când ne întrebăm de ce tribunalele germane au acceptat, imediat după primul război mondial, anumite teorii precum imposibilitatea economică, *Opfergrenze*, *Unzumutbarkeit*[130] sau *Fortfall der Geschäftsgrundlage*[131] într-un mod atât de larg, în vreme ce în Franţa

---

[126] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Résolution**, Nr. 220, 221. A se vedea **supra**, Nr. 94.

[127] Obligaţia de a transfera şi actul transferului (*Verpflichtung* şi *Verfügungsgeschäft*).

[128] *Savigny* este cel care, în prima jumătate a secolului al 19-lea, a asigurat în Germania victoria acestui *Abstraktionsprinzip*.

[129] Art. 1138 C. civ.

[130] *Enneccerus-Lehmann*, **Recht der Schuldverhältnisse**, § 41, nota II dă un foarte bun rezumat al evoluţiei jurisprudenţei şi doctrinei asupra acestui punct. În literatura juridică franceză, a se vedea lucrarea mea, **Inexécution**, Nr. 32.

[131] A se vedea *Larenz*, **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht** (Ediţia a 3-a, München şi Berlin, 1963).

tribunalele civile au refuzat teoria impreviziunii, iar tribunalele administrative au limitat-o numai la contractele administrative, trebuie să admitem că există şi o cauză de natură economică. Ea constă în faptul că inflaţia, ce a urmat primului război mondial, a fost atât de brutală şi de totală în Germania, încât nici o comparaţie cu inflaţiile franceze, succesive însă limitate ca anvergură, nu este posibilă. La aceasta se adaugă cu certitudine faptul că, pentru a face faţă greutăţilor celui dintâi război mondial, măsuri legislative, precum legea *Faillot*, au fost luate în Franţa. În sfârşit, nu trebuie să uităm tenacitatea ficţiunii potrivit căreia, pentru ştiinţa juridică franceză, un franc este egal cu un franc, şi, în cele din urmă, respectul fetişist faţă de contract, considerat ca *legea* părţilor[132]. Concepţia franceză a autonomiei de voinţă, deseori în întârziere faţă de evoluţie, i-a interzis, în principiu, judecătorului să se amestece în contracte.

c) *Cauze de natură politică sau socială*

Caracterul finalist al regulii de drept se afirmă pe măsură ce stăpânirea factorului politic asupra elaborării şi evoluţiei dreptului nu încetează să se mărească, atât în regimurile totalitare cât şi în sistemele democratice. Primele afirmă această stăpânire cu tărie şi o realizează eliminând orice marjă de libertate între factorul politic şi drept. De altminteri, atunci când este strict supus factorului politic, dreptul riscă să devină un simplu ordin de comandă. În regimurile democratice nu totul este politizat; viaţa omenească păstrează încă o dimensiune personală, la adăpost de stăpânirea politicului. O marjă de libertate există în raporturile dreptului cu factorul politic. Totuşi, o doză de ipocrizie acoperă şi aici realitatea. Şi în democraţie, fiecare partid ajuns la putere încearcă să aplice, în numele poporului, programul său, care nu este decât un ansamblu de decizii pregătite de un foarte mic nucleu în numele partidului. Acest program este transformat în drept de Parlament, în numele naţiunii, odată partidul ajuns la putere. Astfel orice normă juridică riscă să nu fie la urma urmelor decât o simplă opţiune politică luată de o minoritate în numele naţiunii. În perspectiva aceasta, caracterul finalist al dreptului nu face decât să se reîntărească. Comparatistul trebuie să prindă cauzele acestor relaţii chiar atunci când ele sunt de natură politică sau socială.

De ce, de pildă, Preşedintele Republicii Franceze nu a îndrăznit să dizolve Parlamentul în ciuda dreptului ce îi era acordat de Constituţie, în timpul celei de a treia, a patra şi a cincea Republici? Cauza constă într-un tabu de natură politică: se considera că folosirea unui asemenea

[132] *Ripert* (308) arată cum aceasta a provocat intervenţia legiuitorului prin măsuri generale "care au distrus mai multe contracte decât interpretarea judiciară cea mai largă".

drept ar însemna amestecul executivului în legislativ sau o acţiune personală a şefului Statului contra voinţei poporului exprimate prin aleşii săi[133]. De ce controlul constituţionalităţii legilor nu a putut fi asigurat în Franţa? Cauza constă de asemenea într-un tabu de natură politică: ideea că acest control ar reprezenta o atingere adusă suveranităţii poporului în măsura în care voinţa sa, exprimată prin lege, ar fi cenzurată de către puterea judiciară. Alte exemple pot arăta că alte norme sunt făcute în vederea atingerii unui scop politic, ele având aşadar o finalitate politică.

Alteori, structurile sociale sunt cele care explică relaţiile dintre doi termeni de comparat sau devierea pe care o suferă, într-o ordine juridică, o instituţie juridică importată dintr-o altă ordine de drept. Dacă se pune problema de a şti de ce adopţia joacă în Japonia un cu totul alt rol decât în codurile europene, din care a fost preluată, trebuie să admitem că raţiuni de natură socială şi de tradiţie istorică explică acest lucru. Dacă se pune problema de a şti de ce dispoziţiile privind copiii din afara căsătoriei în Turcia nu s-au bucurat de aplicarea prevăzută de codul elveţian[134], motivul este acelaşi. Există motive de ordin tradiţional şi social care oferă explicaţia. România introdusese în 1864 un cod civil puternic influenţat, dacă nu în întregime inspirat, de codul civil francez. Acest cod introdusese testamentul, instituţie necunoscută de masa ţărănească, care s-a arătat totdeauna refractară şi neîncrezătoare în el. De aceea constatăm în România, timp de mai multe generaţii după introducerea codului civil, că masa ţărănească prefera să recurgă la folosirea vânzărilor cu clauză, la donaţii deghizate, condiţionale sau cu sarcină, pentru a nu asigura distribuirea bunurilor decât după moarte, evitând testamentul. Şi în acest caz motivele de ordin social şi tradiţional explică faptul că ţăranii au recurs la diverse instituţii ca să evite o instituţie ce le era necunoscută, şi care nu le inspira încredere[135].

---

[133] Încercarea făcută de mareşalul *Mac-Mahon* a dus la criza din 16 mai 1877, care face ca dizolvarea să fie grevată de atunci "de o ipoteză de anti-republicanism de care nu va scăpa în cursul acestui regim" (*J.J. Chevalier*, **Histoire des institutions politiques de la France de 1789 à nos jours**, Paris 1952, 328). Dizolvările din 1955 şi 1968 nu au fost mai bine primite.

[134] Nu este vorba aici de o simplă problemă de interpretare a unei norme juridice primite, nici de măsura în care interpretarea ei trebuie să urmeze sau să ţină cont de interpretarea normei din ţara sa de origine. În ceea ce priveşte această problemă, a se vedea *A. Schwarz*, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung** şi diferitele dări de seamă prezentate în 1955 la Colocviul de la Istanbul asupra receptării ordinilor juridice europene în Turcia: Analele Facultăţii de drept din Istanbul 6 (1956); a se vedea **infra**, Nr. 128.

[135] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Le Code civil français et son influence en Europe (Roumanie)** 678 şi urm.

d) *Voinţa deliberată a legiuitorului*

În anumite cazuri, legiuitorul este răspunzător de unele similitudini sau divergenţe ce caracterizează termenii de comparat. Mai multe diferenţe fundamentale separă răspunderea delictuală în dreptul francez[136] şi german[137]. Principala diferenţă constă în faptul că dreptul francez rezolvă problema cu ajutorul unui principiu general[138]; din contră, dreptul german o face utilizând mai multe categorii de cazuri, enumerate în mod limitativ[139]. În dreptul francez, conform articolului 1382 din Codul civil: "orice faptă a omului, care cauzează altuia un prejudiciu, îl obligă pe cel din vina căruia s-a produs prejudiciul să îl repare". În dreptul german nu există un principiu general. În locul lui sunt trei categorii principale de fapte delictuale (*Grundtatbestände*) şi mai multe grupe de fapte delictuale mai puţin importante ce pot antrena răspunderea.

O a doua mare diferenţă constă în faptul că, în dreptul german, condiţiile ce trebuie reunite ca să se asigure o acţiune în răspundere diferă în funcţie de categorii. În dreptul francez, condiţiile sunt, în linii mari, practic aceleaşi. Dacă ne întrebăm care este cauza unor deosebiri atât de adânci, se constată că ele rezultă din voinţa legiuitorului german care în mod deliberat a preferat soluţia aceasta. Primul proiect al BGB-ului adoptase soluţia unui principiu general[140]. Al doilea proiect al BGB-ului este cel care, în deplină cunoştinţă de cauză, a înlocuit principiul general cu soluţia actuală[141]. Această alegere conştientă a fost dictată îndeosebi de teama incertitudinii şi a insecurităţii juridice la care putea duce adoptarea unui principiu general. Pe de altă parte, se credea că adoptarea unui principiu atât de general ar deschide porţile unei răspunderi nelimitate, greu de păstrat în nişte limite rezonabile şi echitabile. Un ultim argument justifica această soluţie: a opta pentru principiul general însemna, în realitate, a deplasa problema. Într-adevăr, un principiu general are întotdeauna nevoie de a fi precizat de către

---

[136] Pentru o introducere, a se vedea *Ferid*, I, 821 şi urm.

[137] *Serick*, **La responsabilité civile en droit allemand**, RIDC 1955, 560.

[138] Acest principiu general a permis timp de mai bine de 150 de ani umplerea lacunelor în aproape toate domeniile dreptului.

[139] Pentru un scurt rezumat comparativ: *Léontin-Jean Constantinesco*, **Violation de la norme communautaire et responsabilité délictuelle en droit allemand, Mélanges Voirin** (Paris 1967) 100 şi urm.; *acelaşi*, **Grundfragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen im französischen Recht, Festschrift für H. Lange** (München 1970) 415 şi urm.

[140] *Mugdan*, **Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich** (Berlin 1899) II, 404.

[141] *Mugdan*, II, 1267; **Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB (Berlin und Leipzig: 1897-1899)** II, 566 şi urm. (571).

jurisprudenţă. Legiuitorul care s-ar mulţumi să stabilească doar principiile generale şi-ar îndeplini în mod insuficient datoria legislativă[142]. Pentru aceste diverse motive, BGB-ul s-a silit să prevadă, cât mai complet posibil, diferitele fapte ilicite ce determină reparaţia, aceasta pentru a nu trimite tribunalelor[143] soluţionarea acestei probleme ce trebuie dată de lege[144]. Totuşi, tribunalele germane sunt cele care au extins sistemul legal, făcând să intre în el categorii noi. Reforma aceasta de natură jurisprudenţială a făcut mai mult decât să întregească sistemul legal; importanţa sa este atât de fundamentală încât suntem în general de acord[145] să admitem că ea a modificat structural sistemul legal german. Un alt exemplu bine cunoscut se referă la condiţiile de existenţă ale răspunderii contractuale în dreptul german şi francez. Diferenţa dintre cele două sisteme legale este foarte mare. Dreptul francez[146] se bazează pe o noţiune generală de *neexecutare* ce cuprinde toate formele de încălcare contractuală şi toate felurile de neexecutare[147]. BGB-ul îşi bazează sistemul pe două noţiuni fundamentale: imposibilitatea şi întârzierea. Ceea ce separă cele două sisteme în acest domeniu este o adevărată diferenţă de concepţie[148]. Dacă ne întrebăm care sunt cauzele acestei diferenţe precum şi ale acestei diferenţe de concepţie trebuie să constatăm că sursele de inspiraţie ale redactorilor Codului civil şi ai BGB-ului au fost foarte diferite. Concepţia franceză a fost făurită de canonişti care, plecând de la soluţiile fragmentare ale dreptului roman, au reuşit să desprindă principiul general conform căruia *solus consensus obligat*. Acest principiu a acţionat într-un dublu sens: pe de o parte, în sensul angajării, întrucât orice angajament consensual putea deveni un contract, iar pe de alta, în sensul neexecutării, deoarece orice formă de neexecutare constituia o încălcare contractuală şi era un păcat[149]. Dimpotrivă, dreptul german a menţinut soluţiile fragmentare ale dreptului roman; pe de altă parte, pandectiştii

---

[142] În acest sens *Larenz*, **Lehrbuch des Schuldrechts** (ed. a 10-a, 1970) II, 413 şi urm.

[143] *Mugdan*, II, 1075.

[144] *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit. 101.

[145] Acest punct de vedere a devenit general de la studiul fundamental al lui *E. von Caemmerer*, **Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Besteehen des Deutschen Juristentages 1860-1960** (1960) II, 69; *Larenz* II (ed. a 9-a, 1968) 66 I, 413 şi urm.; *Fikentscher*, **Schuldrecht**, 103 II, 619 şi urm.

[146] Ca de altfel şi dreptul englez prin *Breach of Contract.*

[147] Pentru o privire de ansamblu, *Ferid*, I, 483.

[148] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 265 şi urm.

[149] *Boyer*, 224 şi urm.; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 267.

şi îndeosebi *Friedrich Mommsen*[150] i-au atribuit imposibilităţii un rol mult mai însemnat decât cel jucat de ea în dreptul roman. "De atunci, *Windscheid*[151] nu va avea greutăţi în definirea şi difuzarea rezultatelor, în ciuda criticii acerbe a unor autori precum *Brinz*[152] şi *Hartmann*[153]. Era vorba, îndeosebi, de generalizarea greşită a unui principiu folosit de dreptul roman pentru contractele comutative[154]. Dar, din cauza autorităţii preponderente a lui *Windscheid* şi datorită prezenţei sale în comisiile însărcinate cu redactarea, teoria li s-a impus redactorilor şi a intrat în BGB"[155].

Lucrările fundamentale ale lui *Rabel*[156] sunt cele care au demonstrat că importanţa atribuită teoriei imposibilităţii de BGB nu corespundea realităţii dreptului roman şi că datorită lui *Windscheid* BGB-ul a consacrat această teorie ca instituţie unitară şi preponderentă. Exemplele acestea arată cum cauzele relaţiilor constatate între aceşti doi termeni de comparat provin din concepţia redactorilor codurilor, victime ale falsei credinţe că instituţia aceasta juridică exista în dreptul roman[157]. În cazurile rezumate, caracteristicile termenului de comparat german sunt opera unor teoreticieni care, în această materie, au făcut dreptul german prizonierul vederilor întemeiate pe o bază istorică foarte contestată.

e) *Insuficienţa reglementării legale*

Cauzele asemănărilor manifestate adesea pe planul funcţional şi pe cel al rezultatelor practice se pot găsi în modul insuficient în care una din ordinile juridice răspunde unei nevoi comune. Dacă legiuitorul nu a dat o soluţie juridică unei nevoi precise, aceasta o va face prin diverse soluţii jurisprudenţa. Astfel, în această ordine juridică apar reguli sau instituţii juridice noi, în măsura în care ele nu sunt elaborate de lege ci de jurisprudenţă. Soluţiile acestea vor fi, faţă de cele din alte ordini juridice aparent asimetrice şi structural disparate, funcţional similare.

---

[150] *Friedrich Mommsen*, **Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse** (Braunschweig 1853).

[151] *Windscheid-Kipp*, **Lehrbuch der Pandekten** (ed. a 9-a, Frankfurt 1906) II, § 264.

[152] *A. Brinz*, **Lehrbuch der Pandekten** (Erlangen 1892) II, §§ 245, 265, 276.

[153] *Gustav Hartmann*, **Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau** (Erlangen 1875) 166 şi urm.

[154] *Wieacker*, 519 şi urm.

[155] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 269.

[156] *E. Rabel*, **Die Unmöglichkeit der Leistung (Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch)**, **Festschrift für Immanuel Bekker** (Weimar 1907) 171 şi urm.; *acelaşi*, **Origine de la règle: "impossibilium nulla est obligatio"**, **Mélanges Géradin** (Paris 1907) 473 şi urm.

[157] *Gutzwiller*, 11.

Asemănarea se bazează, îndeosebi în acest caz, pe această similitudine funcţională. Exemple luate din stipulaţia pentru altul în legătură cu răspunderea vor ilustra ideea.

Stipulaţia pentru altul franceză[158] şi *Vertrag zugunsten Dritter* german constituie instituţii juridice echivalente elaborate paralel de către cele două ordini juridice. Într-adevăr, această instituţie juridică era necunoscută în dreptul roman clasic, întemeiat pe principiul *alteri nemo stipulare potest*. Totuşi, dreptul roman clasic admitea câteva excepţii, al căror număr a fost sporit de dreptul bizantin. Contrar dreptului englez, dreptul german şi cel francez[159] au recunoscut stipulaţia pentru altul permiţându-le terţilor beneficiari să obţină un drept de recurs direct. Nevoile practice, ca de exemplu în materie de asigurare pe viaţă, au mărit importanţa acestei instituţii, făcând frecventă aplicarea sa. Stipulaţia pentru altul a văzut lărgindu-se domeniul său iniţial de aplicare; prin *Vertrag zugunsten Dritter* ea este deseori aplicată în materie de răspundere delictuală, ceea ce nu este clar precizat în dreptul german.

O mare diferenţă desparte de fapt dreptul francez de dreptul german, în ceea ce priveşte domeniul răspunderii contractuale şi delictuale. Principiul general al răspunderii delictuale în dreptul francez, potrivit căruia orice faptă păgubitoare obligă la reparaţie, permite reparaţia oricărui prejudiciu de natură delictuală. În acest fel, un echilibru perfect este asigurat între cele două ordini de răspundere. În materie de răspundere contractuală, dreptul francez se caracterizează prin ideea că numai partea contractantă, victimă a unui prejudiciu ce rezultă *direct* din neexecutare sau din încălcarea unei obligaţii contractuale, poate obţine reparaţie prin regulile răspunderii contractuale. Contractul este sursa şi cadrul răspunderii contractuale pentru părţi; prejudiciile pricinuite în afara contractului vor fi în principiu reparate după regulile răspunderii delictuale. Chiar dacă există dificultăţi pentru anumite

---

[158] Pentru aspectul comparativ al acestei probleme, a se vedea îndeosebi: *Wesenberg*, **Verträge zugunsten Dritter (Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes)** (Weimar 1949); *Lorenz*, **Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhätnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung**, JZ 1960, 108 şi urm. 112, 113; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 286 şi urm.; *Hengstenberg*, **Ansprüche Dritter bei Schädigungen aus Vertra svorletzungen im deutschen und französischen Recht** (Diss. München 1962); *Zweigert-Kötz*, II, 146 şi urm.; *Ferid*, I, 548 şi urm.

[159] Codul civil a făcut-o în mod timid şi nu ca principiu general. El a prevăzut mai multe cazuri particulare precum cele din articolele 1121 şi 1973 din Codul civil. Dar jurisprudenţa a dezvoltat-o din ce în ce mai mult în materie de asigurare. Legi speciale au consacrat apoi stipulaţia pentru altul în materie de asigurare.

situaţii ce se află la graniţa dintre contract şi faptă ilicită, prejudiciul ce rezultă de aici va fi reparat prin punerea în acţiune a uneia sau alteia dintre formele de răspundere.

Situaţia este diferită în dreptul german din cauza dezechilibrului dintre cele două ordini de răspundere. Reglementarea răspunderii delictuale este în dreptul german în acelaşi timp complexă, greoaie şi insuficientă[160] faţă de răspunderea contractuală, mai simplă şi mai satisfăcătoare. Acest dezechilibru explică tendinţa răspunderii contractuale de a "invada" răspunderea delictuală, tendinţă exprimată prin faptul că numeroase forme de prejudicii de natură delictuală, născute în afara contractului, sunt reglementate de tribunale conform principiilor răspunderii contractuale. Fie că e vorba de răspunderea pre- sau post-contractuală, de *faktische Verträge*, sau de *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*, toate aceste forme de prejudicii ivite în afara contractului sau a părţilor contractante sunt supuse regulilor răspunderii contractuale. Preferinţa pentru răspunderea contractuală se explică, în dreptul german, prin faptul adesea constatat că nevoile vieţii practice se îndreaptă spre regula ce le oferă o mai bună protecţie juridică. Astfel, pentru a repara prejudiciul suferit de persoane care nu sunt legate de autorul prejudiciului prin nici un contract, şi care nu pot obţine reparaţie în dreptul german prin aplicarea principiilor răspunderii delictuale, jurisprudenţa a elaborat instituţia *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*. Instituţia juridică este nouă şi caracteristică dreptului german. Ea nu are echivalent în dreptul francez în ciuda anumitor lărgiri ale cercului de beneficiari ai contractului, realizate de tribunalele franceze datorită aplicării, de altfel contestate, a stipulaţiei pentru altul. În această ipoteză, este vorba de cazuri în care jurisprudenţa germană aplică principiile răspunderii contractuale unor persoane ce nu sunt legate de autorul prejudiciului prin nici un raport contractual, şi care nu pot primi *nici o* reparaţie prin aplicarea principiilor răspunderii delictuale; este vorba, de exemplu, de persoanele ce fac parte din familia locatarului, care pot fi lezate, cu ocazia reparaţiilor făcute în imobil, în virtutea unui contract încheiat de proprietar cu un muncitor. Încă *Reichsgericht*[161] admisese faptul potrivit căruia contractul de locaţiune conţinea o clauză tacită asigurând familiei locatarului, şi chiar femeii de serviciu, un drept contractual direct

---

[160] Profunda sa modificare de către jurisprudenţă şi proiectele de reformă o dovedesc.

[161] RGZ 127, 222; 91, 24; 102, 232. (*Bundesgerichtshof* nu a făcut decât să urmeze şi să lărgească tendinţa). A se compara hotărârea Curţii de la Paris 31 octombrie 1956, G.P. 1956.2.351.

împotriva proprietarului. *Reichsgericht* admisese un drept de reparaţie conform regulilor răspunderii contractuale în favoarea pasagerilor care nu erau părţi în contractul ce-l lega pe proprietarul maşinii de cel care închiriase maşina. În cazul locaţiunii unei săli pentru o festivitate, jurisprudenţa a recunoscut un drept de reparaţie potrivit regulilor răspunderii contractuale tuturor persoanelor ce participă la festivitatea respectivă[162]. În acest caz, este vorba de contracte *mit Schutzwirkung für Dritte* care nu au fost reglementate de BGB. Deşi admite această extindere a regulilor răspunderii contractuale, doctrina critică tendinţa spre exagerare[163].

În dreptul francez, principiul relativităţii efectelor contractelor[164] a fost din ce în ce mai mult combătut în ciuda principiului potrivit căruia regulile răspunderii contractuale trebuie să fie limitate la părţi şi nu pot fi invocate de către terţi. Cu toate acestea, jurisprudenţa franceză a procedat de asemenea la lărgirea cercului de beneficiari ai răspunderii contractuale. În acest sens, există o anumită asemănare cu jurisprudenţa germană. Într-adevăr, tribunalele franceze le-au permis rudelor apropiate ale călătorului ucis în timpul transportului să beneficieze de o acţiune contractuală. Ele au ajuns aici datorită artificiului tehnic potrivit căruia, în contractele de transport, se găseşte inclusă o *stipulaţie tacită* a călătorului în favoarea rudelor faţă de care el avea o obligaţie alimentară[165]. Astfel, după un accident mortal, moştenitorii victimei pot uneori reuni două calităţi: ei pot exercita o acţiune conform principiilor răspunderii delictuale ca să repare prejudiciul suferit personal din cauza morţii rudei apropiate[166], ca moştenitori ei se pot folosi de asemenea de regulile răspunderii contractuale de care ar fi beneficiat defunctul. Această *stipulaţie tacită*, ce întăreşte poziţia rudelor victimei, acordându-le, în afara căii normale a răspunderii delictuale, beneficiul unei acţiuni în răspundere contractuală, mai favorabilă, nu a fost acceptată

---

[162] RGZ 160, 152. A se compara această jurisprudenţă cu cea a Curţii de Casaţie: Req. 23.2.1897, S. 1898.1.65.

[163] *Wesenberg*, 141 şi urm.; *Larenz*, I, § 17, II.

[164] Doctrina a criticat din ce în ce mai mult principiul, subliniind caracterul său limitat. În acest sens îndeosebi teza fundamentală a lui *Alex Weil*, **La relativité des conventions en droit privé français** (Th. Strasbourg, Paris 1930); *R. Savatier*, **Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats**, RIDC 1934, 525, Nr. 7 şi urm.

[165] Cass. Civ. 6 decembrie 1932 şi 24 martie 1933, D.P. 1933.1.137 nota *Josserand* = S. 1934.1.81 nota *Esmein*; Civ. Com. 19 iunie 1951, S. 1952.1.89 nota *Nerson* = D. 1951.J.717 nota *Ripert*.

[166] *R. Savatier*, **Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural** (ed. a 2-a, Paris 1950) II, 539 şi urm.; *Lalou*, **Les ayant-droits à une indemnité à la suite d'accidents mortels**, D.H. 1931, Chr. 25 şi urm.

fără rezistenţă şi critică de doctrină. Tendinţa aceasta s-a lărgit[167] în măsura în care beneficiul contractului a fost extins în favoarea lucrătorilor unei întreprinderi, a locatarilor unui imobil vândut, a participanţilor la o festivitate organizată, pe când nici unul din aceşti beneficiari nu era parte în contract.

Totuşi, există între *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte* din dreptul german şi această extindere din dreptul francez o diferenţă fundamentală. În dreptul francez, victimele erau oricum autorizate să recurgă la calea răspunderii delictuale, cale mai dificilă şi chiar prin aceasta mai aleatorie. De aceea tribunalele franceze au preferat să adauge acestei posibilităţi, existentă oricum, o altă cale ce pune victimele într-o situaţie mai favorabilă: calea răspunderii contractuale. Diferenţa faţă de dreptul german constă în faptul că prima cale nu era acordată nicidecum victimelor respective.

Dacă ne întrebăm de ce, de la *Jhering*, răspunderea pre-contractuală a preocupat atât de mult ştiinţa juridică germană şi de ce ea constituie o categorie distinctă, în sensul că prejudiciul suferit în timpul tratativelor este reparat conform regulilor răspunderii contractuale[168], constatăm că aceeaşi este cauza. Şi în această situaţie, regulile răspunderii delictuale germane nu le ofereau victimelor reparaţie. De aici, efortul neîntrerupt al jurisprudenţei şi al doctrinei de a elabora teorii[169] în stare să permită aplicarea regulilor răspunderii contractuale la persoane ce nu sunt legate prin nici un contract. Din contră, în dreptul francez, principiul este că, în timp, domeniul răspunderii contractuale este limitat la contract. Victimele prejudiciilor suferite înaintea încheierii unui contract beneficiază de aplicarea regulilor răspunderii delictuale: "fără contract prealabil nu există nici răspundere contractuală"[170]. Situaţia ambiguă în care se găsesc *contractele benevole* explică anumite dificultăţi ale jurisprudenţei franceze. Totuşi, în principiu, victima, dacă nu există contract, trebuie să caute reparaţia în regulile răspunderii delictuale[171].

În materie de răspundere post-contractuală se constată diferenţe similare între cele două ordini juridice. Cauza lor este tot aceeaşi[172]. Dreptul german trebuie să lărgească domeniul răspunderii contractuale,

---

[167] A se vedea, mai ales, *R. Savatier*, RTDC 1934, 525 şi urm.

[168] RGZ 78, 239.

[169] Pentru un rezumat al problemei în literatura juridică franceză, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 288.

[170] *Henri* şi *Léon Mazeaud* şi *André Tunc*, **Traité de la responsabilité**, I, Nr. 109; în acelaşi sens *Rodière*, **La responsabilité civile** (Extras, Paris 1952) Nr. 1681.

[171] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 287 şi autorii pe care îi citează aici.

[172] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 289 şi urm.

în timp, ca să cuprindă răspunderea pre- şi post-contractuală. Altfel, ar rămâne fără reparaţie prejudiciile ce decurg din asemenea forme de răspundere. Aceste cauze explică apariţia acestor noi instituţii juridice precum şi tendinţa foarte clară a dreptului german al răspunderii contractuale de a înlocui răspunderea delictuală.

105. Aprecierea finală a soluțiilor desprinse prin actul comparării

Mai mulţi autori sunt de părere că partea comparativă ar trebui să se desăvârşească printr-o apreciere finală[173]. După ce a enumerat calităţile şi a evaluat meritele soluţiilor pe care le prezintă diferiţii termeni de comparat, comparatistul ar trebui să precizeze care este "cea mai bună"[174] dintre ele. Ultimul demers metodologic al acestei faze ar fi deci să se dea un fel de premiu celei mai bune soluţii. Problema este mai complexă, iar înainte de a răspunde trebuie să ne întrebăm ce înseamnă această apreciere şi care poate fi valoarea ei: are aprecierea o valoare absolută, sau este ea relativă, şi în raport cu ce?

Aprecierea nu pare necesară[175] din punct de vedere metodologic dacă ne gândim că actul comparării, care a precizat raporturile dintre termenii de comparat şi cauzele lor, a pus deja în lumină nu numai caracteristicile, ci şi calităţile şi defectele soluţiilor respective, unele faţă de altele. Apoi, pentru că nu este clar pe baza căror criterii trebuie făcută aprecierea şi din ce punct de vedere trebuie comparatistul să o realizeze. Pentru unii, aprecierea aceasta pare a avea o valoare absolută. Totuşi, lucrul acesta n-ar fi cu putinţă decât dacă actul comparării ar fi bazat pe un punct de referinţă fix, deci pe un *tertium comparationis* absolut, egal cu el însuşi, peste tot şi întotdeauna. Dar, pe de o parte, un astfel de *tertium comparationis* nu există; pe de altă parte, orice comparare este relativă deoarece termenii de comparat ei înşişi nu au decât o valoare relativă, în cadrul ordinilor lor juridice şi unii în raport cu alţii. A crede că dintr-un motiv sau altul soluţia prezentată de un termen de comparat are o valoare absolută ar însemna să admitem că în orice comparare există un *tertium comparationis* fix, ceea ce este o eroare[176].

---

[173] De exemplu *Salomon*, 29. Conform lui *Ascarelli* (Prefazione XII) compararea ar uşura astfel controlul valorii logice a anumitor teorii şi aprecieri. A se vedea de asemenea *Häffelin*, 90.

[174] Cf. *F. Rotter*, 81 şi urm.

[175] Pentru *Rabel* (2) "die Wertung gehört nicht mehr zur Rechtsvergleichung, aber zu der durch sie ermöglinchten Rechtskritik".

[176] **Supra**, Nr. 9, 25.

Pe de altă parte, această relativitate este şi mai redusă. Într-adevăr, soluţia propusă de un termen de comparat poate fi "superioară" sau "inferioară" sau "mai bună" sau "mai puţin convenabilă" faţă de cea prezentată de celălalt, în funcţie de punctul de vedere în care ne plasăm şi, tocmai, există diferite puncte de vedere ce pot fi luate în considerare. Astfel, o soluţie poate părea superioară alteia deoarece este mai simplă din punctul de vedere al tehnicii juridice. Este evident că *breach of contract*, ca noţiune generală, este mai simplă şi mai largă decât soluţia tripartită a dreptului german. O soluţie poate părea preferabilă alteia pentru că este mai eficace din punctul de vedere al rezultatelor[177]. Un alt legiuitor ar putea prefera o soluţie tocmai pentru că rezultatele soluţiei avute în vedere sunt mai suple şi poate mai puţin eficace. Pentru el, şi din acest punct de vedere, aceasta va fi soluţia "cea mai bună". Anumite soluţii pot părea preferabile altora, din punct de vedere economic[178], în timp ce altele pot părea "mai bune" deoarece sunt mai juste din punctul de vedere social[179] sau al justiţiei distributive. Anumite soluţii pot părea "mai bune" deoarece sunt mai conforme cu structura ordinii juridice respective, pe când altele sunt mai conforme cu o politică progresistă. În sfârşit, anumite soluţii pot părea "mai bune" fiindcă sunt preferabile din punctul de vedere al unificării juridice, deci ca soluţie de compromis. Altele sunt "mai bune" deoarece prezintă avantaje pentru un legiuitor dat[180]. Răspunsul oferit întrebării care este "cea mai bună" dintre soluţiile desprinse prin actul comparării depinde strict de punctul de vedere în care ne plasăm ca s-o judecăm, iar acest punct de vedere este determinat de scopul urmărit de comparare. Astfel, scopul în care este făcută compararea exercită o influenţă determinantă asupra aprecierii care, în acest caz, este făcută în perspectiva unei alegeri precise. În această ipoteză, aprecierea se explică deoarece ea răspunde unei alegeri: din motive precise, ca, de exemplu, motive de politică legislativă, de unificare, etc., se preferă o soluţie alteia. Astfel, oricare ar fi modul obiectiv de a desprinde relaţiile dintre termenii de comparat, nu e cu putinţă să apreciem soluţiile descoperite de comparare dintr-un punct de vedere unic, abstract şi absolut. La

---

[177] Prin efectele sale reale, rezoluţiunea franceză este mai eficace decât rezoluţiunea germană.

[178] Este cazul teoriei impreviziunii pe care dreptul francez nu o recunoaşte în materie civilă.

[179] Este cazul noii jurisprudenţe franceze în materie de pensie alimentară după divorţ. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Der Unterhaltsanspruch**, 70 şi urm.

[180] Legiuitorul naţional este destul de limitat în posibilităţile sale de alegere. A se vedea *Strebel*, 428.

urma urmelor, o apreciere nu are sens decât în perspectiva alegerii în care e făcută. Ceea ce înseamnă că ea este în mod necesar relativă, şi aceasta dintr-un punct de vedere întreit: pe de o parte, în raport cu scopul urmărit, pe de altă parte, prin faptul că înşişi termenii de comparat sunt relativi în cadrul ordinilor lor juridice, precum şi unii în raport cu alţii; în sfârşit, fiindcă aceste aprecieri sunt limitate la ordinile juridice puse faţă în faţă.

Observaţiile pe care tocmai le-am făcut sunt exacte şi atunci când nu ne mulţumim cu o simplă apreciere a diferitelor soluţii şi când ne propunem să încheiem studiul comparativ cu o critică juridică deosebită. Critica - fie a soluţiei naţionale, fie a soluţiei străine - depinde în mod esenţial de elementele folosite drept criterii de apreciere. Comparatistul va stabili criteriile care i se par preponderente din punctul de vedere al cercetării sale comparative. Critica va începe acolo unde, în raport cu acest punct de vedere, comparatistul va crede că a descoperit neajunsurile sau defectele unei reglementări juridice. Ca şi aprecierea, critica formulată de comparatist este în chip necesar relativă. Mai întâi, faţă de scopul urmărit prin comparare. Apoi, faţă de ordinile juridice puse faţă în faţă.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITARĂ

Capitolul IV

NATURA EXPUNERII COMPARATIVE

106. AMPLOAREA TERMENULUI DE COMPARAT

În acest context se pun alte probleme. Atunci când termenii de comparat constituie celule juridice foarte mici, studiul comparativ este puţin eficace sau chiar riscă să ducă la concluzii false. La nivelul acela, micro-compararea nu poate duce decât la un micro-rezultat. Acesta riscă să nu scoată la iveală trăsăturile dominante ale termenilor de comparat. Pentru a face mai bine să reiasă caracteristicile lor veritabile, trebuie întotdeauna să se îmbrăţişeze un câmp de observaţie mai larg, adică să se aleagă un termen de comparat mai amplu. Cu cât termenul de comparat este mai redus, cu atât mai puţin rezultatele micro-comparării prezintă interes. Ca să obţinem rezultate pertinente pe planul comparării, trebuie evitată limitarea termenilor de comparat la nişte particule juridice elementare prea restrânse[1]. Cu totul şi cu totul dimpotrivă, trebuie să ştii să iei ca termen de comparat un întreg ansamblu de probleme grupând o serie coerentă de chestiuni. Astfel, pentru a înţelege poziţia exactă a consiliului federal într-un sistem federal, nu-i de ajuns să se procedeze la simpla sa analiză structurală[2]. Compararea sa cu alte organe mai mult sau mai puţin asemănătoare este de asemenea insuficientă. O imagine exactă a lucrurilor nu rezultă decât dintr-o analiză lărgită ce urmăreşte funcţiile sale, raporturile sale cu alte organe federale şi îndeosebi poziţia sa structurală şi rolul său funcţional în ansamblul sistemului[3]. Tot astfel, simplul studiu comparativ al răspunderii transportatorului în caz de transport benevol, sau doar al clauzei de excludere a răspunderii în caz de transport benevol, sau chiar cel al răspunderii în caz de participare la jocuri şi sporturi primejdioase sau la organizaţii comportând riscuri, nu reprezintă decât componente şi aspecte parţiale ale unei probleme mai vaste. Studiind doar una din aceste mărunte părţi, riscăm să înţelegem greşit

---

[1] A se vedea **supra**, Nr. 45. În acelaşi sens *Häfelin*, 99.

[2] *Erich Kaufmann*, **Autorität und Freiheit, Gesammelte Schriften** (Göttingen 1960) I, 153; *Häfelin*, loc. cit.

[3] De aceea, în cea de a doua fază termenul de comparat trebuie să fie examinat în cadrul ordinii sale juridice. A se vedea **supra**, Nr. 71 şi urm.

ansamblul problemei. De aceea trebuie cercetată problema acceptării riscurilor[4], toate elementele pe care le-am menţionat nefiind decât nişte componente ale acesteia. Numeroase studii comparative limitate la un detaliu precis ajung să dea o imagine inexactă a ansamblului problemei. Este deci în interesul studiilor comparative precum şi al valorii lor să se examineze termeni de comparat mai ampli, cel mai adesea un adevărat nod coerent de probleme[5].

B.C.U. „M. EMINESCU" IAŞI

107. Cele două părţi ale expunerii

Dacă demersul raţional constituit de metoda comparativă trece în mod necesar prin trei stadii, expunerea unui asemenea studiu cuprinde, în general, două părţi principale. Prima parte trebuie să sesizeze şi să prezinte termenii de comparat astfel cum sunt. Această parte trebuie să conţină studiul analitic al termenilor de comparat, în ei înşişi şi în cadrul ordinilor juridice cărora le aparţin. A doua parte a expunerii ar trebui să fie rezervată mai cu seamă sintezei comparative propriu zise, făcută, bineînţeles, plecând de la structurile diferenţiale constatate în timpul primelor două faze.

Partea expunerii consacrată studiului analitic făcut pe baza schemei comparative[6] va desprinde progresiv rezultatele dobândite în cursul primelor două faze; partea expunerii consacrată sintezei comparative va reuni, va fixa şi exploata în mod comparativ rezultatele obţinute în timpul primelor două faze. În compararea sistematică expunerea pune mai multe probleme metodologice pe care este util să le examinăm, fiindcă autorii, cu foarte puţine excepţii, le-au neglijat total.

108. Expunerea trebuie oare să fie redusă doar la aspectele care au o mare valoare comparativă?

Forma expunerii este determinată, în mare măsură, de scopul urmărit în fiecare fază. Primele două faze au o dublă funcţie: cea dintâi este subordonată, a doua, independentă.

Prima funcţie este subordonată, în sensul că analiza se face în vederea comparării. Analiza realizată în timpul primelor două faze desprinde în mod progresiv caracteristicile fiecărui termen de comparat,

---

[4] *Hans Stoll*, **Das Handeln auf eigene Gefahr eine Rechtsvergleichende Studie** (Berlin-Tübingen 1961) 5 şi urm.

[5] *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, I, 23.

[6] A se vedea **supra**, Nr. 45.

materie primă din care se va nutri compararea propriu zisă. Neapărat, expunerea analitică este mai amplă decât sinteza comparativă. Dar trebuie ea oare să cuprindă toate amănuntele şi să se refere la toate aspectele, sau să se mulţumească numai cu aspectele termenilor de comparat ce au o valoare deosebită din punct de vedere comparativ? Problema a fost pusă în practică mai întâi decât în teorie. Există o tendinţă, vizibilă de exemplu la autorii germani, de a se concentra asupra rezultatelor practice ale comparării, sau mai curând de a stărui doar asupra câtorva aspecte, ce au o mare însemnătate comparativă. Acest demers metodologic se explică foarte adesea atunci când nu se procedează la o comparare sistematică, şi când ne mulţumim cu o simplă informaţie comparativă.

Motivul invocat este că detaliile, revelate de analiza termenilor de comparat, care nu au o importanţă fundamentală pentru rezultatele avute în vedere, nu merită să fie expuse. În acest caz, concluzia metodologică este că expunerea analizei termenilor de comparat trebuie comprimată spre a face să reiasă doar diferenţele şi asemănările esenţiale. Astfel, asistăm la nişte comparări reduse, foarte adesea, la anumite aspecte sau la unele rezultate practice. Procedeul acesta deformează însă metoda comparativă sistematică. Deseori, rezultatele dobândite constituie o simplificare grosolană.

Scopul primelor două faze şi al expunerii analizei termenilor de comparat este dublu. Pe de o parte, ea trebuie să le ofere juriştilor naţionali un tablou cât mai complet şi mai exact posibil al termenului de comparat străin. Or, o expunere redusă doar la aspectele ce au o semnificaţie comparativă fundamentală riscă să dea o imagine inexactă, deoarece este incompletă, a instituţiei juridice care formează termenul de comparat: expunerea trebuie să facă să iasă la iveală *toate* raporturile de asemănare şi de diferenţiere pe care le prezintă termenii de comparat în ordinile juridice avute în vedere. Întrucât o comparare exactă va trebui în mod necesar să fie nuanţată şi să cuprindă toate aspectele de o importanţă comparativă, chiar dacă aceasta nu este fundamentală. De aceea o comparare concentrată numai asupra celei de-a treia faze şi care nu dă în ceea ce priveşte ordinea juridică străină nici o analiză a termenilor de comparat[7] riscă să ofere o falsă imagine a ordinii juridice străine, tocmai fiindcă este incompletă. Sunt prea multe studii comparative care, necăutând decât diferenţe sau asemănări în privinţa rezultatelor practice, dau o imagine confuză sau inexactă a termenului de comparat străin. De fapt, aceste lucrări nu se preocupă adesea nici măcar de termenul de comparat străin ca atare. Ele extrag

[7] A se vedea în acest sens *Strebel*, 426 şi urm.

din acesta câteva elemente practice care li se par cele mai importante pentru comparare.

Cu toate acestea, există un al doilea motiv care cere ca expunerea analizei primelor două faze să fie completă. Numai în felul acesta comparatistul le îngăduie altor jurişti controlul concluziilor sale comparative. Într-adevăr, cercetând modul în care comparatistul a înţeles ordinea juridică străină, prin felul în care a expus-o, suntem în măsură să ne dăm seama dacă el a înţeles-o bine, deci dacă imaginea dată despre ordinea juridică străină corespunde realităţii.

După ce vom fi stabilit importanţa relaţiilor, trebuie precizată valoarea lor comparativă, chiar dacă intensitatea sau însemnătatea acestei valori nu este totdeauna identică. Într-adevăr, toate elementele termenului de comparat ce figurează în schema comparativă se găsesc, faţă de elementele celuilalt termen de comparat, în mod necesar într-o stare de asemănare sau de deosebire. Astfel luate, elementele sunt comparativ semnificative. Bineînţeles, nu toate relaţiile au aceeaşi valoare din punct de vedere comparativ. De aceea, în partea comparativă, trebuie examinate toate relaţiile nuanţând valoarea lor comparativă şi subliniindu-le pe cele care, din punct de vedere comparativ, au o valoare preponderentă. Concluzia metodologică este că în compararea sistematică expunerea trebuie să se refere la toate elementele şi caracteristicile termenilor de comparat.

109. Expunerea propriei ordini juridice în cursul comparării sistematice

O altă problemă ce se pune în acest cadru este aceea de a şti dacă, în cursul unui studiu comparativ binar[8], atunci când unul din termenii de comparat aparţine chiar ordinii juridice a comparatistului, acesta din urmă trebuie să îl analizeze şi să îl expună în întregime. Răspunsul este negativ, fiindcă se poate renunţa, fără vreun neajuns, la expunerea termenului de comparat în propria sa ordine de drept. Juristul german care întreprinde, de exemplu, studiul cauzelor divorţului în dreptul englez şi german, sau juristul englez care studiază problema transferului imobilelor în dreptul francez şi englez, pot renunţa să expună chestiunile respective în dreptul german şi în dreptul englez. Într-adevăr, aceste probleme sunt cunoscute de jurişti naţionali cărora comparatistul li se adresează. Numai în partea comparativă a lucrării el va face observaţiile comparative faţă de propria sa ordine juridică. În alţi

[8] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 6.

termeni, atunci când se întreprinde un studiu de drept străin printr-o comparare bilaterală în care una din ordinile juridice este aceea a comparatistului, putem, în partea rezervată expunerii analitice, să renunţăm la analiza termenului de comparat în dreptul naţional. Totuşi, încă de la începutul analizei termenului de comparat în dreptul străin, făcută după schema comparativă[9], este întotdeauna de dorit sau util să ne referim la dreptul naţional şi să insistăm asupra fiecărei caracteristici şi asupra fiecărei diferenţe sau asemănări pe care instituţia juridică o scoate la iveală în raport cu dreptul naţional. Ceea ce înseamnă că, în acest caz, expunerea analizei termenului de comparat în dreptul străin se va face după o schemă comparativă în care vor figura referinţele la dreptul naţional, însă fără expunerea completă a acestor probleme în dreptul naţional. Sinteza comparativă ulterioară va fi astfel uşurată. Totuşi, într-o comparare trilaterală sau multilaterală, în care una din ordinile juridice este cea a comparatistului, este indispensabil să procedăm de asemenea la analiza, făcută după schema comparativă, şi la expunerea propriei ordini juridice. Nu este vorba aici de o regulă metodologică, ci de un sfat[10] menit să asigure claritatea expunerii. Într-adevăr, în acest caz, este preferabil să le aplicăm schema comparativă celor trei termeni de comparat şi să examinăm poziţia dreptului naţional al comparatistului în raport cu această schemă, deci în raport cu ceilalţi doi termeni de comparat, încă începând cu examenul analitic.

110. Expunerea succesivă sau simultană

O altă problemă importantă, pe care puţini autori n-au făcut decât s-o atingă în treacăt, este cea a formei expunerii. Expunerea părţii analitice va putea fi, în funcţie de nevoi, succesivă sau simultană. Dar şi într-un caz şi în altul, expunerea va trebui să se facă întotdeauna conform cu schema comparativă.

Expunerea succesivă prezintă elementele termenilor de comparat, întotdeauna divizate şi integrate în schema comparativă, unele după altele. Procedeul acesta are avantajul de a respecta unitatea termenului de comparat permiţând o vedere de ansamblu, ceea ce este important pentru juriştii străini. Căci, în ciuda divizării termenului de comparat conform schemei comparative, expunerea dă o imagine completă a

[9] A se vedea **supra**, Nr. 45.

[10] A se vedea, de exemplu, în acest sens, *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, şi *Teigelak*, op. cit.

ansamblului termenului de comparat. Totuşi, acest procedeu prezintă inconvenientul de a nu dezvălui la timp structurile diferenţiale, şi aceasta în ciuda schemei comparative. Dimpotrivă, expunerea simultană sacrifică unitatea subiectului schemei comparative. Pentru fiecare problemă inclusă în această schemă, expunerea simultană prezintă soluţiile diferitelor ordini juridice în mod succesiv.

Tehnica aceasta, ce fărâmiţează termenul de comparat, are avantajul de a scoate mai bine la iveală, în această fază, structurile diferenţiale ale termenilor de comparat. În fond, procedeul se încheie printr-un bilanţ comparativ stabilit pe baza schemei comparative, dar, bineînţeles, imaginea de ansamblu a termenului de comparat într-o ordine juridică străină este în întregime sacrificată. Expunerea succesivă se face vertical pentru fiecare termen de comparat; expunerea simultană se face orizontal pentru fiecare problemă a schemei comparative.

Expunerea succesivă poate fi avută în vedere cu succes mai cu seamă pentru studiile comparative de anvergură mai redusă. Pentru studiile mai ample, referindu-se la termeni de comparat complecşi, având numeroase aspecte şi necesitând îndelungi analize, este de preferat să se folosească tehnica simultană. De altfel, cele două tehnici pot fi cumulate şi folosite în cadrul aceluiaşi studiu. Un studiu mai vast se lasă mai uşor divizat în mai multe părţi mari, iar fiecare parte poate fi expusă după o tehnică sau alta[11]. Alegerea uneia sau alteia din aceste tehnici depinde în cele din urmă de subiect şi îndeosebi de schema comparativă, de anvergura sa şi de aptitudinea comparatistului de a mânui mai bine o tehnică sau alta[12].

[11] În studiul meu comparativ asupra Neexecutării şi culpei contractuale în dreptul francez, german şi englez, am împărţit expunerea analitică în trei părţi (neexecutarea sau încălcarea contractuală; neexecutarea culpabilă; dovada neexecutării şi a culpei) pe care le-am expus după tehnica succesivă. Dar în interiorul fiecărei părţi, subiectul era expus în mod simultan, potrivit schemei comparative.

[12] *Sauser-Hall*, 86; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Inexécution**, Nr. 6; *Strebel*, 426.

CARTEA A TREIA

SCOPURILE ŞI FUNCŢIILE METODEI COMPARATIVE

"Una din principalele cauze care au împiedicat până în prezent dezvoltarea dreptului civil comparat se găseşte în nesiguranţa şi diversitatea opiniilor asupra rolului acestei ştiinţe."

Edouard Lambert

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

111. Poziţia problemei şi planul

Compararea nu-şi poate găsi scopul în ea însăşi. Ca metodă ea slujeşte totdeauna unui scop care îi este exterior. Dacă însă se distinge metoda de scopul pe care-l serveşte, nu trebuie să se creadă că între cele două nu există o legătură foarte puternică. În realitate, se separă aici metoda de funcţiile sale în vederea unei mai bune analize, dar fără a uita cât de sudate sunt între ele, la fel cum s-a divizat procesul metodologic în trei faze distincte, care, de fapt, sunt intim legate.

Obiectivul şi rezultatul imediat al metodei comparative, faptul de a desprinde noi cunoştinţe[1], constituie de asemenea ultimul stadiu al procesului metodologic. Privit în mod abstract, obiectivul acesta rămâne acelaşi, chiar dacă cunoştinţele dobândite la sfârşitul comparării pot varia. Din această cauză, nu există decât una şi nu mai multe forme de metode comparative[2] depinzând de scopul pe care ea poate să-l urmărească.

Cunoştinţele noi obţinute prin comparare constituie materialul şi fundamentul datorită cărora alte scopuri pot fi atinse. Toate celelalte funcţii depind de acestea; deoarece cu şi prin aceste cunoştinţe metoda comparativă poate sluji altor scopuri şi poate îndeplini alte funcţii. Aceste scopuri ulterioare nu fac parte din metoda comparativă propriu zisă; ele îi sunt exterioare. Compararea sfârşeşte cu noile cunoştinţe pe care le-a desprins.

Fiind o metodă, metoda comparativă are o aplicaţie generală. Ea poate fi întrebuinţată de toate ştiinţele, şi în cadrul ştiinţei juridice, de către toate disciplinele[3]. Scopurile pe care ea le poate sluji şi funcţiile pe care le poate îndeplini sunt multiple şi pot avea naturi diferite; unele sunt teoretice, altele practice; unele îndreptate spre trecut, altele spre viitor[4].

---

[1] A se vedea **infra**, Nr. 112.

[2] A se vedea **supra**, Nr. 13.

[3] Dreptul civil este disciplina care a beneficiat cel mai din timp şi cel mai direct de aplicarea metodei comparative. Astăzi însă, nu se mai poate spune că metoda aceasta constituie apanajul său. Din ce în ce mai mult, reprezentanţi ai altor discipline juridice au recurs la metoda comparativă în asemenea mod încât la ora actuală se poate afirma că fiecare din ramurile şi disciplinele dreptului este în starea de a fi fecundată de ea. De curând juriştii francezi au procedat la un bilanţ spre a măsura aportul dreptului comparat la diversele ramuri ale dreptului francez (**Le livre du Centenaire**, I, 67 şi urm.). Importanţa rezultatelor dobândite prin metoda comparativă în diverse discipline juridice este impresionantă, chiar dacă, adesea, ea a trecut neobservată.

[4] *David*, **Traité**, 8 şi urm.; *Egon Weiss*, 9; *Strebel*, 406. Pe bună dreptate *Rabel* (**Die Frachgebiete**, 183) scria: "In Wahrheit sind die enzelnen Ziele der

Tocmai aceste diverse scopuri şi funcţii au atras cel mai mult atenţia juriştilor asupra metodei comparative. Astfel, nu este surprinzător că mai ales aceste scopuri şi funcţii, în cursul istoriei sale, au fost folosite fie pentru a defini dreptul comparat[5], fie pentru a determina domeniul său propriu, fie pentru a încerca să întemeieze ştiinţa dreptului comparat[6]. Ceea ce explică literatura foarte abundentă dedicată acestor probleme. Ea a înflorit de aproape un secol în numeroase ţări. Putem afirma, fără teama de a ne înşela, că acesta este domeniul cel mai lucrat al dreptului comparat. Asupra unora dintre aceste funcţii, ca de exemplu asupra unificării juridice, s-au scris biblioteci întregi, astfel încât doar ea singură poate constitui obiectul unei discipline autonome. Oricare ar fi diferenţele de concepţie, controversele şi lipsa lor de unitate, aceste studii[7] au totuşi avantajul de a nu ne obliga să procedăm la o analiză completă, pornind de la zero. Dimpotrivă, lucrul acesta ne va îngădui să ne rezumăm şi să reducem partea aceasta la o simplă expunere sistematică a ansamblului scopurilor şi funcţiilor pe care metoda comparativă le poate sluji fără a intra în detaliile analizei şi ale

---

Rechtsvergleichung so mannifaltig wie die der Rechtswissenschaft überhaupt. Man kann sie nicht erschöptfen und braucht es nicht. Sie liegen in der Aufklärung der Vergangenheit und Gegenwart und in der Vorbereitung der Zukunft. Sie liegen in der Höhe der Spekulation und Abstraktion und in der Tiefe jeder kleinsten praktischen Frage".

[5] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 67 şi urm.

[6] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 75 şi urm.

[7] Nu există articol sau lucrare consacrată vreunui aspect din dreptul comparat care să nu se ocupe de asemenea, direct sau indirect, de unul din scopurile sau funcţiile metodei comparative. Problema scopurilor şi a funcţiilor dreptului comparat a constituit una din problemele principale ale Congresului de la Paris din 1900 care, totuşi, nu i-a dat un răspuns clar. De atunci, numărul luărilor de poziţie şi al articolelor nu a făcut decât să sporească. Ceea ce face imposibilă o clasificare a autorilor şi o bibliografie exhaustivă. Cei câţiva autori care urmează nu sunt citaţi decât cu titlu de exemplu. Printre autorii care s-au ocupat mai de curând de aceste probleme, să-i menţionăm pe: *Sauser-Hall*, 42 şi urm.; *Otetelisano*, 321 şi urm.; *Schnitzer*, I, 36 şi urm.; *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 15 şi urm.; *David*, **Traité**, 37 şi urm.; *Gutteridge*, 42 şi urm. (deşi expunerea vizează mai curând raporturile dreptului comparat cu celelalte discipline); *de Sola Cañizares*, 109 şi urm.; *Rabel*, **Aufgabe**; *acelaşi*, **Die Fachgebiete**; *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 29 şi urm.; *Ascarelli*, Prefazione XI şi urm.; *Fontana*, 34 şi urm., 86, 87, 103-137; *Riese*, 11-23; *Ficker*, 708 şi urm.; *F. Stone*, **The End to be served by Comparative Law**, TLR 25 (1951) 325; *Kuhn*, **The Function of the Comparative Method in Legal History and Philosophy**, TLR 13 (1939) 50; *Lepaulle*, **The Function of Comparative Law**, HarvLR XXXV (1922) 838 şi urm.; *Häfelin*, 89 şi urm.; *Zweigert-Kötz*, I, 12 şi urm.; *Jean Limpens* (Mai multe studii) a se vedea **infra**, Nr. 129.

controverselor. În ceea ce priveşte restul, ne vom mărgini să facem trimitere la principalele dezvoltări realizate de comparatişti în materie, fără pretenţia unei bibliografii exhaustive. În fine, funcţiile mai puţin cunoscute vor fi tratate cu mai multă atenţie.

Această parte va fi împărţită în două capitole. Obiectul celui dintâi va fi de a preciza diversele scopuri şi funcţii de natură teoretică pe care metoda comparativă le poate sluji. Obiectul celui de-al doilea capitol va fi de a cerceta, rezumativ, scopurile şi funcţiile practice pe care metoda comparativă le poate îndeplini[8].

[8] După cum remarcă *David* (**Traité**) 34: "Linia de despărţire este de altminteri adesea foarte nehotărâtă şi anevoie de trasat între cele două ordini de cercetări", adică între funcţiile de natură teoretică şi practică. A se vedea de asemenea *Binder*, 938 şi urm.

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Capitolul I

SCOPURILE ŞI FUNCŢIILE TEORETICE ALE METODEI COMPARATIVE

112. Noile cunoştinţe şi aplicarea lor teoretică

Funcţia fundamentală a metodei comparative este de a desprinde noi cunoştinţe, care sunt capabile de diverse aplicaţii[1]. Astfel, metoda comparativă rămâne mai întâi şi înainte de orice o metodă de cunoaştere. Aceste noi cunoştinţe pot proveni din ordini juridice străine[2]. Ele pot să apară în ordinea juridică proprie a comparatistului[3]. În sfârşit, metoda comparativă poate să desprindă cunoştinţe care, propriu zis, nu aparţin de nici unul din cele două domenii arătate. Sunt cunoştinţe teoretice, de natură cu adevărat comparativă.

Cunoştinţele acestea pot fi aplicate în diverse domenii, iar folosirea lor este de o mare însemnătate în atingerea unor scopuri de natură teoretică. Micro-compararea poate să ducă la o mai bună înţelegere a propriei ordini juridice precum şi la îmbogăţirea fiecăreia dintre disciplinele juridice naţionale. Ea oferă elemente pentru îmbunătăţirea dogmaticii, a sociologiei şi a filozofiei juridice, permiţând realizarea unei adevărate teorii generale a dreptului. În trecut, unii comparatişti au crezut că au găsit în metoda comparativă cel mai bun instrument ce permite să se desprindă legile evoluţiei dreptului, să se reconstruiască

---

[1] A se vedea **supra**, Nr. 109. *Rabel* (7) scria: "Scopul său este pur şi simplu cunoaşterea". *Binder* (938) preciza pe bună dreptate că primele rezultate sunt totdeauna de natură teoretică. *Gutteridge*, 25; *Radbruch*, 424; *Riese*, 175; *Blagojevic*, 650; *Zweigert*, **Méthodologie**, 581; *Neuhaus*, 733; *Häfelin* (91) scrie: "Der Bedeutung der Rechtsvergleichung wird man nicht gerecht, wenn man nicht das primäre, theoretische Erkenntnisziel der Rechtsvergleichung und die an die Ergebnisse der theoretischen Erkenntnis anknüpfenden praktischen Verwertungsmöglichkeiten der Rechtsvergleichung unterscheidet". A se vedea de asemenea *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung (Beiträge zur Rechtsforschung). Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht** (Berlin, Tübingen 1950) 254: "Die Rechtsvergleichung ist in ihren *Wesen* primär zweckfrei insofern, als sie sich in einer Vergleichung und Wertung dieser Vergleichung, mithin in der Meditation und in der Konstatierung einer wissenschaftlichen Wahrheit genügen kann".

[2] A se vedea **supra**, Nr. 42.

[3] A se vedea **infra**, Nr. 113.

dreptul necunoscut al popoarelor dispărute, să se precizeze sensul evoluţiei unor instituţii juridice, să se desprindă *fondul comun* al naţiunilor civilizate sau al popoarelor înrudite juridic sau să se precizeze principiile generale ale dreptului. Unii autori moderni au văzut în metoda comparativă instrumentul slujind la desprinderea acelui *Common Core*, o ştiinţă juridică internaţională, sau pentru a întemeia noţiuni, tipuri juridice şi o terminologie supranaţională. Metoda comparativă poate exercita o funcţie de control şi, prin macro-comparare, ea poate servi la elaborarea Ştiinţei dreptului comparat[4]. Compararea ameliorează formaţia juridică, poate uşura înţelegerea şi apropierea dintre popoare, contribuind astfel la întărirea cooperării internaţionale şi la asigurarea păcii.

113. O MAI BUNĂ CUNOAŞTERE A PROPRIEI ORDINI JURIDICE

Numeroşi comparatişti au constatat cu mirare că prin comparare ei ajungeau nu numai să cunoască ordini juridice străine, dar şi să cunoască mai bine propria lor ordine de drept. Într-adevăr, compararea îngăduie nu numai să se pătrundă în mod conştient într-o altă lume juridică, ci şi să se ia o anume distanţă faţă de propria ordine de drept, care apare în altă lumină. Asta permite mai întâi să se descopere în propria ordine juridică aspecte noi, calităţi şi defecte care până atunci rămăseseră ascunse[5]. Compararea poate să scoată la iveală că, de exemplu, unele elemente ce caracterizează instituţii juridice naţionale au în realitate o importanţă mai limitată decât le-o acordă juriştii naţionali; se poate descoperi că o instituţie juridică ce era considerată indispensabilă, întrucât dădea un răspuns necesar unor probleme permanente, nu este în realitate decât rezultatul unui accident sau unei întâmplări[6]. Compararea poate dezvălui faptul că alte ordini juridice rezolvă aceeaşi problemă prin instituţii mai apropriate sau mai simple[7]. Ea poate arăta de ce şi cum unele instituţii juridice naţionale sunt

---

[4] Pentru aceasta din urmă, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 79 şi urm. şi cel de-al treilea volum, ale cărui probleme nu vor fi nicidecum evocate aici.

[5] Deja *Lambert*, **La Fonction**, 50; *Kaden*, 9, 11; *Schnitzer*, I, 42; *F.H. Lawson*, **The Field of Comparative Law**, JuRev. 1949, 16; *Grisoli*, **Corso di diritto privato comparato** (Milano 1962) 15 şi urm.; *de Sola Cañizares*, 110 şi urm.; *Neumayer*, **Fremdes Recht**, 424; *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, 51; etc.

[6] A se vedea **supra**, Nr. 104.

[7] A se vedea de exemplu afirmaţia lui *Carbonnier* şi a lui *Paul Durand* cu privire la răspundere: **supra**, Nr. 62, nota 186.

depăşite sau desuete. Unii comparatişti englezi au subliniat adesea această funcţie a dreptului comparat. Compararea poate să facă să iasă la iveală mai bine funcţia socială a dreptului şi raportul strâns dintre unele nevoi sociale şi regula de drept; ea poate descoperi că unele instituţii juridice sunt rezultatul concepţiei naţionale şi istorice[8] după care au fost făurite. A cunoaşte alte concepţii juridice înseamnă şi a depăşi un anumit "provincialism" juridic[9].

A vedea, după comparare, propria ordine juridică într-o altă lumină, înseamnă a o înţelege mai bine tocmai fiindcă se pot descoperi în acest caz aspecte noi, contururi şi reliefuri care până atunci rămăseseră neobservate. Lipsurile şi slăbiciunile anumitor instituţii juridice naţionale apar mai clar[10]. Compararea permite să se arunce asupra ordinii juridice naţionale o altă privire, mai matură deoarece este mai experimentată, mai critică fiind mai informată. E aici un prim efect benefic al cunoştinţelor desprinse prin comparare, în interesul propriei ordini de drept.

Acestui efect i se adaugă un altul. A-ţi însuşi rezultatele unor experienţe paralele făcute de alte ordini juridice, a învăţa din instituţiile juridice, din noţiunile, din conceptele şi din soluţiile juridice precum şi din alte moduri de a gândi, înseamnă a te îmbogăţi cu alte experienţe şi a le folosi pentru a reexamina propria ordine de drept. În acest fel, compararea lărgeşte orizontul ştiinţific al juriştilor naţionali şi le permite să elibereze dreptul naţional de dominaţia sufocantă a concepţiei şi a dogmaticii tradiţionale. Astfel, dreptul naţional este *relativizat*[11], cu alte cuvinte redus la ceea ce este el de fapt. Atâta timp cât juristul naţional rămâne prizonierul singurei sale lumi juridice, el are înclinarea firească de a considera soluţiile ordinii sale juridice ca pe singurele posibile, singurele logice sau singurele valabile. Fără să vrea, el riscă să dea multor soluţii sau instituţii juridice o valoare absolută pe care ele nu o pot avea în realitate. Aici, metoda comparativă le dă juriştilor naţionali lecţii de măsură şi de modestie.

Fiecare disciplină juridică naţională se reînnoieşte şi se îmbogăţeşte atunci când instituţiile sale sunt supuse unui examen comparativ. Fără îndoială că în acest caz nu se elaborează o Ştiinţă a dreptului comparat, ci se aplică metoda comparativă pentru a reînnoi şi îmbogăţi o disciplină a dreptului naţional. Compararea poate sluji la înfăptuirea

---

[8] Dreptul englez al proprietăţii mişună de asemenea exemple.

[9] *A. Tunc*, **Sortir du néolithique**, D. 1957 Chron. 73.

[10] Printre numeroşi comparatişti, a se vedea şi *Yntema*, **Comparative Legal Research, Some Remarks on "Looking out of the Cave"**, MichLR 54 (1956) 899.

[11] Printre alţii: *David*, RIDC 2 (1950) 682; *Schnitzer*, I, 42 şi urm.; *Ascarelli*, Prefazione, XII; *Riese*, 22 şi urm.

unei mai bune încadrări sistematice şi dogmatice a propriei ordini juridice; cunoştinţele câştigate pot duce la reforme legislative şi la modificări jurisprudenţiale. Adesea o reînnoire profundă[12], teoretică şi, eventual, practică a dreptului naţional, a fost opera comparării.

114. Folosirea cunoştinţelor comparative de către alte discipline

Cunoştinţele desprinse prin actul comparării constituie materialele cele mai însemnate cu ajutorul cărora alte discipline, având cu dreptul raporturi mai curând marginale, se edifică. Printre altele, este cazul dogmaticii juridice, al sociologiei sau al filozofiei juridice. Fără aceste materiale, disciplinele acestea ar fi reduse la o logomahie abstractă, deductivă şi speculativă, fără vreo legătură cu realitatea juridică. Dacă unele din aceste discipline au făcut progrese veritabile, aceasta s-a întâmplat tocmai în măsura în care ele s-au bazat pe materiale concrete şi pe cunoştinţe oferite de compararea juridică. Totodată, trebuie să constatăm că, în ansamblu, rezultatele sunt încă dezamăgitoare.

Dogmatica juridică, al cărei obiect şi a cărei definiţie sunt controversate încă[13], îşi propune să ordoneze cunoştinţele juridice şi regulile de drept într-un sistem logic, raţional şi coerent, alcătuit din principii generale axiomatice. Tendinţa ei era de a construi acest sistem pe bază de deducţii logice şi abstracte. Excesul la care deseori a ajuns, îndeosebi în trecut, consta în a deduce consecinţe necesare ale noţiunilor şi principiilor, privite ca nişte adevărate dogme. Rolul său era mai important înainte ca sociologia juridică să nu fi răsturnat termenii pentru a lega regula de drept de realitatea socială, în loc de a vedea în ea expresia unui sistem abstract. Ceea ce nu înseamnă că, fără a vrea să le opunem una alteia[14], dogmatica şi compararea nu acţionează prin abordări foarte diferite. Compararea poate dezvălui excesele şi inexactităţile dogmaticii juridice. Ea poate confirma sau infirma unele principii sau postulate dogmatice, tot astfel cum anumite principii şi dogme juridice pot fi obiectul comparării. Într-adevăr, compararea poate avea o

---

[12] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 58, 59.

[13] Recent, *Zweigert*, **Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, Festschrift Bötticher** (1969) 443 şi urm. şi răspunsul lui *Dölle*, **Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung**, RabelsZ 1970, 403 şi urm. A se vedea şi *Mario Rotondi*, **Technique du droit, dogmatique et droit comparé**, RIDC 20 (1968) 14; *Ascarelli*, Prefazione, XLIX şi urm.

[14] *Dölle*, loc. cit., 406.

funcţie de control tocmai comparând consecinţele unuia şi aceluiaşi principiu sau uneia şi aceleiaşi dogme juridice în două ordini diferite, sau arătându-i comparatistului cum alte ordini juridice cunosc alte raporturi sistematice şi dogmatice. Aceasta duce la modificări în poziţia doctrinei, la schimbări în jurisprudenţă şi eventual la reforme în legislaţie. În felul acesta, în ciuda temeiului şi a mijloacelor deosebite, compararea şi dogmatica se completează în rezultatele lor[15].

Etnologia juridică de la *Post*[16] şi sociologia juridică de la *Durkheim*[17] au văzut în compararea juridică metoda lor prin excelenţă. Starea aceasta de simbioză explică discuţiile ulterioare privind raporturile disciplinelor respective cu dreptul, frontierele lor respective[18] şi, mai recent, voinţa sociologiei juridice de a-şi afirma independenţa faţă de dreptul comparat. În ultimul timp, *Carbonnier*[19] a precizat cum dreptul comparat şi sociologia juridică se apropie prin mijloacele lor, îndepărtându-se însă prin scopuri. El a explicat de ce sociologia juridică şovăie înaintea obiectivelor urmărite de dreptul comparat, fie pentru a elabora un *fond comun*, fie pentru a realiza o unificare juridică internaţională, fie pentru a pregăti transplantări sau receptări juridice. Oricum, dacă orice comparare juridică vrea să pătrundă în realitate[20], metoda comparativă trebuie să examineze realitatea metajuridică şi socială care devine astfel una dintre dimensiunile indispensabile ale metodei comparative. În sens invers, aportul comparării juridice la sociologia juridică a fost de asemenea important. Desigur, sociologia juridică îşi poate limita cercetările, ce se referă la rădăcinile sociale ale dreptului, la cadrul unei singure ordini juridice. O asemenea concepţie ar sărăci sociologia juridică tot atât de mult[21] ca o teorie generală a dreptului redusă la experienţa unei singure ordini juridice.

Sociologia juridică genetică a încercat să rezolve dificultăţile rezultate din complexitatea fenomenelor sociale, contribuind la formarea regulii juridice, şi din sărăcia experienţei reduse la o singură ordine juridică, prin caracterul speculativ al cercetărilor sale. În acest fel, unele fapte au fost supraestimate, altele neglijate[22]. Bineînţeles, nu trebuie

---

[15] *Dölle*, loc. cit., 407.

[16] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47, 49, 50.

[17] Cf. *Carbonnier*, **L'apport du droit comparé**, 75.

[18] *Drobnig*, loc. cit.; *Schnitzer*, I, 30 şi **supra**, Nr. 84.

[19] *Carbonnier*, loc. cit.; a se vedea şi *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 19 şi urm.

[20] *Heldrich*, 427.

[21] *Heldrich*, 432.

[22] *F. Terré*, 42.

subestimate nici dificultăţile de a identifica temeiurile sociale ale dreptului, nici cele, referitor la sociologia juridică, de a elabora propriile sale principii după analiza comparativă a structurilor sociale şi a raportului lor cu dreptul. Totuşi, dacă lăsăm de o parte efortul sociologiei juridice americane, care, orişicum, nu-i sigur să fi găsit o metodă de cercetare valabilă, precum şi efortul reînnoit al doctrinei germane după cel de-al doilea război mondial, trebuie să constatăm că schimbul de idei şi cooperarea se află încă la începutul lor. Aportul sociologiei juridice la comparare şi reciproc este, în ansamblu, dezamăgitor[23]. Prin cunoştinţele pe care compararea i le pune la dispoziţie, sociologia juridică dispune totuşi de materialul cel mai important pentru a-şi afirma independenţa şi valoarea sa ştiinţifică. În realitate, sociologia juridică va trebui să lucreze în mod comparativ, sau să înceteze de a exista.

Filozofia juridică[24] nu se află într-o situaţie mai bună. Nici ea nu va putea să se afirme dacă nu-şi găseşte o bază comparativă, şi aceasta chiar întâmpinând riscul de a se topi în mare parte în teoria generală a dreptului. Încă *Feuerbach*[25] era de părere că numai compararea diverselor ordini juridice, concepută de el ca o istorie universală a dreptului, poate să ne conducă la o ştiinţă juridică universală. Plecând de la ideea unei istorii universale a dreptului, *Kohler*[26] ajunge mai târziu la o filozofie juridică universală. Prima trebuia să constituie baza, iar a doua încununarea[27]. După el, comparatiştii francezi au dirijat compararea

---

[23] A se vedea autorii citaţi **supra**, Nr. 84.

[24] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47, 60, 61 şi literatura citată în această privinţă. *Adde*: *Blomeyer*, **Rechtsphilosophie und vergleichende Rechtswissenschaft**, RabelsZ 1934, 1 şi urm.; *Boucaud*, **Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé (Recueil Lambert)** I, 301 şi urm.; *Darmstädter*, **Das Problem der vergleichenden Philosophie**, Zeitschrift für die Theorie des Rechts 1938, 143 şi urm.; *David*, **Traité**, 187 şi urm.; *Kuhn*, 321 şi urm.; *Legaz y Lacamba*, **Comparacion juridica y philosofia del derecho**, Revista del Instituto de derecho comparado (Barcelona) 1953, Nr. 1; *R. Pound*, **Philosophy of Law and Comparative Law**, University of Pennsylvania Law Review, 1951, 1 şi urm.; *Schnitzer*, I, 27 şi urm.; *Grewson*, **Philosophy and Function in Comparative Law**, ICLQ 1958, 48 şi urm.; *Gutteridge*, **The Province of Comparative Law, Interpretations of modern Legal Philosophies** (New York 1947, 303 şi urm.). A se vedea de asemenea articolele privind situaţia filozofiei juridice şi a ştiinţei juridice în diverse ţări, AAUIC (Roma 1953) III, 3, 275 şi urm.

[25] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 34.

[26] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47.

[27] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 56 şi urm.

către probleme mai concrete[28]. De atunci, curentul istorico-filozofic a devenit domeniul exclusiv al filozofilor dreptului italian şi în parte german. Cel mai de seamă reprezentant al său rămâne cu siguranţă *Del Vecchio*. Totodată, cercetările sale se mulţumesc să sublinieze importanţa comparării în ceea ce priveşte filozofia juridică, fără totuşi a o fundamenta pe cea de-a doua pe prima[29]. Totuşi, există o nevoie inevitabilă, pentru filozofia juridică, de a folosi cunoştinţele pe care compararea i le oferă. Totodată, la ora actuală, trebuie constatat că orice cooperare între filozofia dreptului şi compararea juridică mai constituie încă o idee de viitor[30].

115. Confuzia privind principiile generale şi noţiunile învecinate

Ideea că una din funcţiile, dacă nu funcţia principală, a comparării constă în faptul de a elabora principiile generale ale dreptului este veche. Unii comparatişti credeau, sau cred, că aceste principii generale ale dreptului alcătuiesc însuşi obiectul Ştiinţei dreptului comparat care ar sfârşi astfel prin a-şi descoperi obiectul şi domeniul propriu.

Este clar că metoda comparativă permite desprinderea principiilor comune mai multor ordini juridice şi că aceasta este una din funcţiile sale. Mai puţin clar este de a şti ce sunt *principiile generale*[31] sau *legile de evoluţie ale dreptului*, *dreptul comun al umanităţii civilizate*, *dreptul comun legislativ*, *principiile generale*, *principiile comune*, *Common Core*, principiile generale alimentând o ştiinţă juridică supranaţională sau o tipologie universală a instituţiilor. În acest domeniu domneşte o mare confuzie, pe care comparatiştii o târăsc după ei din decadă în decadă.

---

[28] *Brethe de la Gressaye*, **L'apport du droit comparé à la philosophie du droit (Livre du Centenaire)** I, 68 şi urm.

[29] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 60.

[30] *Mayda*, **Quelques réflexions critiques sur le droit compare contemporain**, RIDC, 22 (1970) 65: "Dreptul comparat a făcut în aşa fel încât să ignore dezvoltările metodologice şi filozofice determinante din ultimii 50 de ani". *Brethe de la Gressaye* (69) scrie: "Mai de curând lucrările de teorie generală a dreptului ale lui *G. Dabin* şi *P. Roubier* nu conţin nici cea mai mică aluzie la dreptul comparat, la fel ca introducerea în studiul dreptului publicată de Profesori ai facultăţii de drept din Paris în 1951-1953. În fine, dreptul comparat este neglijat în *Archives de philosophie du droit*, atât în prima cât şi în a doua serie, reluată după război de *M.P. Roubier* şi apoi de *Michel Villey*".

[31] În ciuda unor numeroase studii, problema trebuie încă aprofundată.

Deşi au numeroase elemente comune, fiecare din aceste teorii se plasează în alte perspective. E aici prima sursă de confuzie. Schiţate cu mai multă sau mai puţină iuţeală de aproape fiecare din comparatiştii ce s-au ocupate de problemele în chestiune, teoriile acestea nu au depăşit stadiul de idei generale. Nici o analiză serioasă nu a venit să sprijine temeiurile lor. Ca să putem răspunde la întrebarea de a şti în ce măsură metoda comparativă este în stare să atingă fiecare din aceste scopuri, va trebui să începem prin a face oarecare lumină definind mai de aproape problema. Ceea ce ne obligă să cercetăm rapid, dar separat, fiecare din aceste teorii, nu pentru a rezolva, ci pentru a pune problema.

a) *Principiile generale ale dreptului*

Ideea că prin comparare se pot desprinde *principii generale ale dreptului*, comune umanităţii, este destul de veche[32]. În realitate, dreptul comparat a moştenit-o de la etnologia juridică unde ea deriva din ideea comunităţii evoluţiei umanităţii şi a dreptului. Ca atare, o regăsim la *Post*[33], la *Sumner Maine*[34] şi, combinată cu o concepţie filozofică, la *Kohler*[35].

La începutul secolului, dreptul comparat reia ideea existenţei principiilor generale ale dreptului pe care compararea le poate desprinde. Totodată, el o concepe ca pe o problemă juridică, dominată de o perspectivă de unificare internaţională şi începe prin a reduce universalitatea principiilor comune. Deja *Saleilles*[36] vorbeşte numai de un *drept comun al umanităţii civilizate*, ceea ce exclude tocmai *popoarele necivilizate*, obiect al studiilor etnologice. În aceeaşi perspectivă de unificare, *Lambert*[37] aduce o limitare încă şi mai riguroasă şi mai exactă. Acest autor[38] prevenise deja că ar fi inutil să se creadă că se vor regăsi, între toate ordinile juridice existente, aceleaşi elemente de unitate, deci să se creadă în existenţa principiilor juridice universale. După el, compararea nu poate aspira la rezultate valabile în acest domeniu decât dacă ea ştie să-şi restrângă câmpul de lucru. Numai

---

[32] A se vedea de asemenea autorii citaţi **supra**, Nr. 24.

[33] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 52.

[34] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49.

[35] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 51, 52.

[36] A se vedea **infra**, Nr. 129.

[37] A se vedea **infra**, Nr. 129.

[38] *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 44 şi urm. Pentru teoriile lui *Saleilles* şi *Lambert*, a se vedea observaţiile lui *Sauser-Hall*, 54 şi urm.

între grupe de ordini juridice *înrudite* putem constata existenţa unui adevărat *fond comun*. Principiile juridice alcătuind acest *fond comun* se explică prin înrudirea ce rezultă dintr-o aceeaşi tradiţie juridică şi istorică, dintr-o unitate a izvoarelor juridice şi a structurilor socio-economice similare. După o selecţie a ordinilor juridice pe care le comparăm în acest scop, vom putea elabora *dreptul comun legislativ*.

De atunci, problema a rămas mai curând într-o stare nebuloasă, obiect al afirmaţiilor succinte din partea comparatiştilor grăbiţi sau al speculaţiilor abstracte din partea puţinilor filozofi ai dreptului. Deşi ne aflăm într-o stare de totală incertitudine în privinţa chestiunii de a şti ce sunt principiile generale[39], problema este importantă şi se pune în termeni diferiţi[40] pentru mai multe discipline. Principiile generale sunt obiect de cercetare pentru metoda comparativă; ele constituie materialul folosit de teoria generală a dreptului şi de filozofia dreptului; ele sunt izvor de drept pentru tribunalele de arbitraj, pentru dreptul internaţional[41] şi pentru organizaţii precum Comunităţile europene[42]. Deşi funcţia lor poate fi diferită, în mod normal aceste principii trebuie să fie desprinse prin metoda comparativă. Totodată, dificultăţile, care sunt aceleaşi, necesită mai multe precizări.

Prima priveşte aria de referinţă, adică domeniul geografic[43] pe care îl luăm drept bază pentru a desprinde principiile generale. Acest domeniu poate fi mai mult sau mai puţin întins. Principiile juridice generale nu pot fi comune întregii umanităţi decât dacă sunt desprinse printr-o comparare ce înglobează *toate* ordinile juridice din lume. Dimpotrivă, pot exista principii generale care nu sunt universale prin faptul că nu sunt comune decât câtorva ordini juridice mai mult sau mai puţin înrudite.

A doua observaţie este că amploarea cercului de referinţe şi importanţa principiilor generale desprinse se află într-un raport invers proporţional. *Numărul şi importanţa principiilor generale sunt cu atât mai mari cu cât numărul ordinilor juridice comparate este mai redus şi cu cât, pe de altă parte, ordinile juridice comparate sunt tipologic*[44] *înrudite*[45]. Observaţia aceasta explică de ce utilitatea rezultatelor obţinute diferă. Astfel, la scara mondială, principiile generale comune sunt atât

---

[39] *H. Lecheler*, **Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Grundsätze** (Berlin 1971) 45 şi urm.; *Hans-Josef Rüber*, **Der Gerichtshof der Europäischen Gemenschaften und die Konkretisierung allgemeiner Grundsätze** (Köln 1970).

[40] A se vedea **infra**, Nr. 125.

[41] A se vedea **infra**, Nr. 126.

[42] A se vedea **infra**, Nr. 126.

[43] De fapt, ordinile juridice.

[44] Cu alte cuvinte ele au aceleaşi elemente determinante.

[45] Studiul lui *H. Lecheler* confirmă această afirmaţie.

de abstracte încât nu au decât un punct formal de contact cu realitatea juridică.

Aceasta ne aduce la cea de-a treia observaţie. Compararea poate arăta cum, la adăpostul unor aparenţe tehnice diferite, subzistă *principii comune*, un *fond comun* sau un *nucleu comun*, compus din concordanţă şi asemănare. A face observaţia că numeroase ordini juridice cunosc divorţul înseamnă a constata principiul juridic comun potrivit căruia se poate pune capăt căsătoriei. Divorţul însă poate fi pronunţat pentru culpă, pentru *Ehezerrüttung*, prin acordul de voinţă sau prin simpla voinţă a unei părţi. Diferenţele sunt atât de importante încât principiul juridic comun nu are decât o valoare abstractă. Tot astfel, se poate constata că noţiunea de contract se regăseşte în societăţile etnologice, în ordinile de drept vechi şi în toate ordinile juridice moderne. Astfel, orice formă ar avea, contractul reprezintă o *constantă generală*, fiind inerentă oricărei societăţi. De aceea nu trebuie să ne mirăm că noţiunea de contract este comună tuturor ordinilor juridice ale omenirii, şi aceasta fără deosebire de Sistem juridic şi fără luarea în seamă a naturii sociale şi economice a diverselor ordini de drept.

Existenţa unor principii juridice comune întregii umanităţi nu poate fi negată[46]. Ele există, în măsura în care natura umană sau structurile sociale cunosc elemente permanente[47]. Principii juridice comune tuturor Sistemelor juridice alcătuiesc ceea ce am numit *constantele generale*[48]. Totuşi, trebuie să ne întrebăm care este valoarea lor practică atunci când principiile apar la un asemenea grad de abstracţie, încât îşi pierd contactul cu realitatea, fie ea juridică, socială, sau economică. În acest caz, sunt mai degrabă idei generale decât adevărate principii comune. Juriştii nu se pot mulţumi cu asemenea principii generale şi nici nu pot să ignore cât de fragil este caracterul lor comun în raport cu

---

[46] Totuşi în acest domeniu, sunt necesare unele rezerve şi o oarecare prudenţă, dacă ne gândim cât de dezamăgitoare au fost rezultatele marelui efort întreprins de internaţionalişti pentru a desprinde "principiile comune ale naţiunilor civilizate" în dreptul internaţional. De altminteri, practica tribunalelor internaţionale în ceea ce priveşte aplicarea acestor principii este foarte rezervată. A se vedea *W. Friedmann*, **The Uses of "General Principles" in the Development of International Law**, AJoIL 1963, 179 şi urm. În ceea ce priveşte dificultatea de a le desprinde, a se vedea şi *Lecheler*, 42 şi urm. A se vedea pentru această problemă **infra**, Nr. 125.

[47] Unor structuri sociale (în sensul larg al termenului) tipice le-ar corespunde pe planul juridic structuri juridice tipice. Acesta era postulatul etnologiei juridice, reluat de filozofia dreptului şi de sociologia juridică. Din nefericire, un studiu aprofundat, menit să precizeze relaţia cauzală sau relaţiile exacte dintre cele două forme tipice, lipseşte. Dimpotrivă, există în legătură cu această problemă numeroase afirmaţii fugitive sau articole vizând tragerea unor concluzii generale din observaţiile referitoare la un fenomen parţial.

[48] A se vedea **supra**, Nr. 103.

diferenţele fundamentale ce le separă atunci când sunt coborâte de la abstracţii la realitatea specifică a fiecărei ordini juridice. Astfel de *principii* sau *constante generale* au mai curând importanţă pentru filozofia dreptului[49]. Atunci ei îi revine sarcina de a clarifica această problemă şi de a preciza dacă toate cauzele *constantelor generale* se află în natura umană sau în anumite structuri sociale fundamentale, iar atunci se pune problema în care anume[50].

Dimpotrivă, principii comune apar mai uşor atunci când cercul de referinţe este mai redus, şi aceasta chiar dacă el cuprinde ordini juridice făcând parte din Sisteme juridice diferite. De câte ori comparatiştii nu au constatat oare existenţa unor principii comune, în ciuda diversităţii instituţiilor, între ordinile juridice continentale şi dreptul englez şi american?[51] Dar cauzele acestor *constante parţiale* nu au fost nici ele clarificate.

Opinia potrivit căreia ar exista principii universale de drept civil[52], ce pot fi aplicate ca nişte norme juridice, conţine o eroare metodologică. Concepţia aceasta pare a subestima caracterul specific pe care aceste principii generale îl pot avea în fiecare ordine juridică. Într-adevăr, principiile generale se materializează în fiecare ordine juridică prin instituţii juridice sau pe căi specifice şi tehnice, deseori diferite. De altminteri, şi aici, trebuie să ne temem ca principiul juridic comun mai multor ordini juridice să nu devină vizibil decât de la un anumit grad de abstracţie ce n-are nimic comun cu o dispoziţie juridică aplicabilă. În sfârşit, orice ordine juridică reprezintă un sistem închis ce poate fi completat prin interpretarea care, de altfel, trebuie să-şi găsească în interiorul ordinii juridice temeiul de a fi. Nu există nici o noţiune abstractă şi nici un principiu general care, prin el însuşi, să aibă forţă obligatorie într-o ordine juridică oricare ar fi ea[53].

---

[49] *Fontana*, 76 şi urm.; *de Francisci* (243) constată că dreptul comparat îşi schimbă atunci natura şi devine filozofie a dreptului: "abbandonando il campo dei rapporti contigenti, dei dati empirici, per passare in quello dei principi immutabili, dei concetti universali". A se vedea de asemenea *Kuhn*, 321 şi urm.

[50] Un studiu serios asupra acestor probleme lipseşte cu desăvârşire. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 119 şi *Kuhn*, 321 şi urm.

[51] Un exemplu printre multe altele: *Rabel*, **Deutsches und amerikanisches Recht**, RabelsZ 16 (1951) 340 şi urm.

[52] *V. Hülsen*, 631 şi urm. Această problemă se pune în alt mod în dreptul internaţional privat. A se vedea pentru aceasta **infra**, Nr. 126 şi *Esser*, 337 şi urm., 346 şi urm.

[53] Principiile universale, în măsura în care ele există în mod real şi în care compararea juridică le poate desprinde, nu au nici o forţă obligatorie. Este greşit să credem că aplicarea lor depinde numai de caracterul internaţional al raportului juridic obiect al discuţiei (în acest sens v. *Hülsen*, 631). În dreptul internaţional, în dreptul internaţional privat şi în arbitrajul internaţional, aplicarea lor depinde de dispoziţiile ce indică izvoarele juridice aplicabile în cazul concret. Principiile generale pot deveni drept pozitiv dacă părţile contractante, legiuitorul sau jurisprudenţa le recunosc ca atare.

b) *Drept comun şi fond comun*

Metoda comparativă poate desprinde principii ce sunt comune mai multor ordini juridice mai ales atunci când ele aparţin aceluiaşi Sistem şi care alcătuiesc *fondul comun*. Deşi implicită în concepţia lui *Kohler*[54], care, totuşi, punea această problemă într-o perspectivă de filozofie juridică, ideea unui *drept comun*, desprins prin comparare, apărea clar în gândirea lui *Saleilles*. Grijuliu să ajute tribunalele franceze în munca lor de interpretare şi de îmbunătăţire a dreptului francez, *Saleilles*[55] credea că, prin compararea ordinilor juridice, s-ar putea desprinde principii foarte asemănătoare, alcătuind un fel de *drept comun internaţional*. Plecând de la exemplul *autorilor cutumiari* francezi, care, prin compararea cutumelor, desprinseseră în Franţa un *drept comun* subsidiar, *Saleilles* face de mai multe ori aluzie la un *drept comun al umanităţii civilizate*, desprins prin comparare pentru unele instituţii juridice ale dreptului privat. Acest *drept comun* trebuia să aibă o valoare subsidiară şi să se pună în acelaşi timp la dispoziţia judecătorului şi a legiuitorului ca nişte instrumente pentru ameliorarea dreptului naţional. *Saleilles*[56] îi atribuia astfel dreptului comparat funcţia de a desprinde *dreptul comun al umanităţii civilizate*, fără să-şi precizeze totuşi gândirea mai mult.

Lambert confirmă această funcţie a dreptului comparat, aducându-i în schimb unele limitări. Într-adevăr, *Lambert* reia ideea unui *fond comun*, pe care îl numeşte *drept comun legislativ*. Era vorba aici de un fond comun de principii juridice obţinute prin compararea ordinilor de drept ale popoarelor, unite printr-o strânsă înrudire şi printr-o asemănare a structurilor sociale şi economice[57]. Limitarea aceasta era foarte rezonabilă, întrucât este sigur că *fondul comun* este în acelaşi timp mai larg şi mai solid între popoare apropiate printr-o istorie comună sau prin structuri socio-economice asemănătoare[58]. Şi în concepţia sa, *dreptul comun legislativ* trebuia să aibă o funcţie practică şi să ajute la crearea

---

[54] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47 şi urm.

[55] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, 81.

[56] Pentru critică, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, nota 54 şi Nr. 76 b.

[57] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76; **supra**, Nr. 38, nota 84 şi *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 44.

[58] Juriştii ţărilor din Est explică apartenenţa ordinilor lor juridice la Sistemul *socialist* prin structuri fundamentale (elemente determinante în terminologia noastră) comune tuturor acestor ordini de drept. A se vedea autorii citaţi**supra**, Nr. 39.

diferenţele fundamentale ce le separă atunci când sunt coborâte de la abstracţii la realitatea specifică a fiecărei ordini juridice. Astfel de *principii* sau *constante generale* au mai curând importanţă pentru filozofia dreptului[49]. Atunci ei îi revine sarcina de a clarifica această problemă şi de a preciza dacă toate cauzele *constantelor generale* se află în natura umană sau în anumite structuri sociale fundamentale, iar atunci se pune problema în care anume[50].

Dimpotrivă, principii comune apar mai uşor atunci când cercul de referinţe este mai redus, şi aceasta chiar dacă el cuprinde ordini juridice făcând parte din Sisteme juridice diferite. De câte ori comparatiştii nu au constatat oare existenţa unor principii comune, în ciuda diversităţii instituţiilor, între ordinile juridice continentale şi dreptul englez şi american?[51] Dar cauzele acestor *constante parţiale* nu au fost nici ele clarificate.

Opinia potrivit căreia ar exista principii universale de drept civil[52], ce pot fi aplicate ca nişte norme juridice, conţine o eroare metodologică. Concepţia aceasta pare a subestima caracterul specific pe care aceste principii generale îl pot avea în fiecare ordine juridică. Într-adevăr, principiile generale se materializează în fiecare ordine juridică prin instituţii juridice sau pe căi specifice şi tehnice, deseori diferite. De altminteri, şi aici, trebuie să ne temem ca principiul juridic comun mai multor ordini juridice să nu devină vizibil decât de la un anumit grad de abstracţie ce n-are nimic comun cu o dispoziţie juridică aplicabilă. În sfârşit, orice ordine juridică reprezintă un sistem închis ce poate fi completat prin interpretarea care, de altfel, trebuie să-şi găsească în interiorul ordinii juridice temeiul de a fi. Nu există nici o noţiune abstractă şi nici un principiu general care, prin el însuşi, să aibă forţă obligatorie într-o ordine juridică oricare ar fi ea[53].

---

[49] *Fontana*, 76 şi urm.; *de Francisci* (243) constată că dreptul comparat îşi schimbă atunci natura şi devine filozofie a dreptului: "abbandonando il campo dei rapporti contigenti, dei dati empirici, per passare in quello dei principi immutabili, dei concetti universali". A se vedea de asemenea *Kuhn*, 321 şi urm.

[50] Un studiu serios asupra acestor probleme lipseşte cu desăvârşire. A se vedea de asemenea **infra**, Nr. 119 şi *Kuhn*, 321 şi urm.

[51] Un exemplu printre multe altele: *Rabel*, **Deutsches und amerikanisches Recht**, RabelsZ 16 (1951) 340 şi urm.

[52] *V. Hülsen*, 631 şi urm. Această problemă se pune în alt mod în dreptul internaţional privat. A se vedea pentru aceasta **infra**, Nr. 126 şi *Esser*, 337 şi urm., 346 şi urm.

[53] Principiile universale, în măsura în care ele există în mod real şi în care compararea juridică le poate desprinde, nu au nici o forţă obligatorie. Este greşit să credem că aplicarea lor depinde numai de caracterul internaţional al raportului juridic obiect al discuţiei (în acest sens v. *Hülsen*, 631). În dreptul internaţional, în dreptul internaţional privat şi în arbitrajul internaţional, aplicarea lor depinde de dispoziţiile ce indică izvoarele juridice aplicabile în cazul concret. Principiile generale pot deveni drept pozitiv dacă părţile contractante, legiuitorul sau jurisprudenţa le recunosc ca atare.

b) *Drept comun şi fond comun*

Metoda comparativă poate desprinde principii ce sunt comune mai multor ordini juridice mai ales atunci când ele aparţin aceluiaşi Sistem şi care alcătuiesc *fondul comun*. Deşi implicită în concepţia lui *Kohler*[54], care, totuşi, punea această problemă într-o perspectivă de filozofie juridică, ideea unui *drept comun*, desprins prin comparare, apărea clar în gândirea lui *Saleilles*. Grijuliu să ajute tribunalele franceze în munca lor de interpretare şi de îmbunătăţire a dreptului francez, *Saleilles*[55] credea că, prin compararea ordinilor juridice, s-ar putea desprinde principii foarte asemănătoare, alcătuind un fel de *drept comun internaţional*. Plecând de la exemplul *autorilor cutumiari* francezi, care, prin compararea cutumelor, desprinseseră în Franţa un *drept comun* subsidiar, *Saleilles* face de mai multe ori aluzie la un *drept comun al umanităţii civilizate*, desprins prin comparare pentru unele instituţii juridice ale dreptului privat. Acest *drept comun* trebuia să aibă o valoare subsidiară şi să se pună în acelaşi timp la dispoziţia judecătorului şi a legiuitorului ca nişte instrumente pentru ameliorarea dreptului naţional. *Saleilles*[56] îi atribuia astfel dreptului comparat funcţia de a desprinde *dreptul comun al umanităţii civilizate*, fără să-şi precizeze totuşi gândirea mai mult.

Lambert confirmă această funcţie a dreptului comparat, aducându-i în schimb unele limitări. Într-adevăr, *Lambert* reia ideea unui *fond comun*, pe care îl numeşte *drept comun legislativ*. Era vorba aici de un fond comun de principii juridice obţinute prin compararea ordinilor de drept ale popoarelor, unite printr-o strânsă înrudire şi printr-o asemănare a structurilor sociale şi economice[57]. Limitarea aceasta era foarte rezonabilă, întrucât este sigur că *fondul comun* este în acelaşi timp mai larg şi mai solid între popoare apropiate printr-o istorie comună sau prin structuri socio-economice asemănătoare[58]. Şi în concepţia sa, *dreptul comun legislativ* trebuia să aibă o funcţie practică şi să ajute la crearea

---

[54] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 47 şi urm.

[55] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, 81.

[56] Pentru critică, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, nota 54 şi Nr. 76 b.

[57] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 76; **supra**, Nr. 38, nota 84 şi *Lambert*, **Rapport général (Procès-verbaux)** I, 44.

[58] Juriştii ţărilor din Est explică apartenenţa ordinilor lor juridice la Sistemul *socialist* prin structuri fundamentale (elemente determinante în terminologia noastră) comune tuturor acestor ordini de drept. A se vedea autorii citaţi **supra**, Nr. 39.

şi aplicarea dreptului. Cele două teorii au avut un mare răsunet în epocă. Din nefericire, ele au rămas în stadiul de idee generală; nici un studiu valabil nu a intervenit pentru a le clarifica.

c) *Common Core*

Unii comparatişti moderni s-au ocupat de asemenea şi de această funcţie a metodei comparative. Ignorând filiaţia acestei vechi problematici şi având grijă să sublinieze caracterul nou al metodei lor *factual approach*, ei au insistat asupra funcţiei metodei comparative ca instrument ce slujeşte la desprinderea acelui *Common Core*. În realitate, problema este aceeaşi, chiar dacă îi dăm o altă denumire. Pe de o parte, *Common Core* nu desemnează altceva decât ceea ce alţi comparatişti au denumit *fondul comun* sau *principiile generale*. De altfel, înşişi promotorii acestei iniţiative vorbeau la început, în articolele lor[59], despre *principiile comune*. Pe de altă parte, funcţia metodei comparative prin care este desprins *Common Core* este aceeaşi. Ceea ce este nou este voinţa deliberată de a confirma această funcţie a metodei comparative printr-o ipoteză de lucru ce formează proiectul pilot al *Cornell Law School*, cuprinzând numeroase ordini juridice şi realizată de o echipă internaţională.

După zece ani de muncă, iniţiativa Profesorului *Schlesinger* a dus, în 1968, la o operă de o impresionantă amploare[60]. Metoda de lucru a grupului de cercetare a fost expusă în amănunţime de către Profesorul *Schlesinger* la începutul lucrării[61]. Profesorul *Schlesinger* şi colaboratorii săi erau convinşi de existenţa unui *Common Core* sau a unui *Common Ground*, între majoritatea ordinilor juridice ale lumii. Astfel, scopul cercetării nu era să demonstreze existenţa lui *Common Core*, ci mai degrabă să-i precizeze anvergura, greutatea, limitele sale precum şi să verifice metoda folosită. Lucrarea conţine o comoară de învăţături şi de idei susceptibile de a îmbogăţi doctrina comparativă şi chiar unele din aplicaţiile sale practice. Totodată, în urma altor autori[62], mai multe observaţii trebuie făcute pentru a se preciza importanţa rezultatelor dobândite.

Prima observaţie se referă la îngustimea domeniului de cercetare, limitat la studiul întâlnirii dintre ofertă şi acceptare. Cercetarea nu se referă la alte elemente ale formării contractului, cum ar fi viciile de

---

[59] A se vedea **supra**, Nr. 24, şi *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, 3, nota 3.

[60] 2 volume şi 1727 de pagini.

[61] A se vedea Introduction, 1-68.

[62] A se vedea îndeosebi analiza lui *Denis Tallon*, **La formation des contrats: recherche du fonds commun des systèmes juridiques. Réflexions sur le projet de la Cornell Law School**, RIDC 20 (1968) 729 şi urm. şi darea de seamă elogioasă a lui *O. Kahn-Freund*, **Comparative Law in Action**, AJoCL 18 (1970) 429 şi urm.

consimţământ, capacitatea de a încheia actul, reprezentarea, forma actului, etc. care au fost dinadins excluse. Astfel, chiar dacă *Common Core*-ul constatat ar avea o anvergură mai mare decât în realitate, nu se poate subestima exiguitatea domeniului în care se manifestă. Este sigur că această exiguitate ar fi devenit şi mai mică dacă cercetarea ar fi înglobat *toate* ordinile juridice ale lumii, deci dacă pentru această problemă *Common Core* ar fi avut o reprezentare cu adevărat universală. Calitatea rezultatului obţinut suferă de pe urma faptului că această cercetare a fost limitată la un anumit număr de ordini juridice. Astfel, pentru un motiv sau altul, lipsesc toate ordinile de drept ale Sistemului islamic, ale Americii latine, ale Africii, Asiei, (cu excepţia Indiei) ale ţărilor scandinave şi destul de mult ale Sistemului *socialist*. Astfel, în ciuda amplorii sale geografice şi a vocaţiei sale universale, *Common-Core*-ul desprins nu are însuşirea unei reprezentări generale[63]. Unii autori se îndoiesc că anvergura *Common-Core*-ului este cu adevărat mare[64].

A doua observaţie priveşte chiar alegerea obiectului cercetării. Iniţiatorul proiectului[65], ca şi unul din comentatori, insistă în mod special asupra caracterului judicios al alegerii[66].

Tema aleasă se potrivea unei demonstraţii uşoare. Or, tocmai avantajul acesta constituie punctul slab. Într-adevăr, termenul de comparat ales reprezintă o problemă de pură tehnică juridică, străină oricărei interferenţe de natură politică, socială, etică, sau ideologică. Prin forţa lucrurilor, *Common Core*-ul desprins nu putea fi decât de natură tehnică. Totuşi, pentru principiul comun, ca şi pentru *Common Core*, concordanţele de natură tehnică sunt cele mai puţin semnificative. O cercetare comparativă referitoare nu la cauzele şi la efectele divorţului, ci pur şi simplu la pronunţarea divorţului ar fi dus la rezultate asemănătoare. Chiar o cercetare comparativă referitoare la eroarea în declaraţia de voinţă ar fi fost mult mai greu de realizat şi ar fi dus la un număr încă şi mai redus de concordanţe. Astfel, nu putem să nu ne gândim că, oricare ar fi importanţa practică a chestiunilor de tehnică juridică, nu problemele acestea vor face să avanseze dreptul comparat, prin metoda comparativă.

---

[63] Motivul alegerii a fost expus de *Schlesinger*, **The Common core of legal Systems, Recueil Yntema**, 66 şi urm.; *acelaşi*, **Formation of Contracts**, 20 şi urm.

[64] *Tallon* (734) scrie: "Punctele comune sunt într-adevăr puţin numeroase dacă exceptăm chestiunile ce nu prezintă nici un interes într-unul sau mai multe sisteme precum şi soluţiile evidente. De atunci, miezul comun se reduce la câţiva sâmburi...".

[65] *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, Introduction, 17 şi urm.

[66] *Kahn-Freund*, 430 ("It was a wise choice"); 431 ("The advantage of choosing for a detailed investigation the law of offer and acceptence is not only that the common core is large in this field, but also that it is comparatively easy to find").

În sfârşit, nu trebuie să pierdem din vedere faptul că însuşi contractul, deci o instituţie infinit mai largă decât aceea examinată, constituie o instituţie juridică comună tuturor societăţilor omeneşti, mergând de la societăţile etnologice până la societăţile cele mai moderne, şi aceasta fără diferenţă de civilizaţie, de structură economică sau ideologică. Într-adevăr, de la troc până la forma sa cea mai rafinată, contractul se află pretutindeni, tocmai fiindcă el reprezintă o tehnică indispensabilă oricărei societăţi omeneşti. Luată ca atare, ea este folosită de ordinile juridice socialiste ca şi de cele capitaliste. Profesorul *Schlesinger*, ca şi alţi autori[67], au subliniat surpriza provocată de rezultate şi mai ales marele număr de concordanţe ce pune la îndoială temeinicia tezei potrivit căreia între ordinile juridice *socialiste* şi *capitaliste* ar exista diferenţe fundamentale. Diferenţele nu sunt fundamentale între aceste două ordini juridice decât atunci când ele se manifestă pe planul elementelor determinante. Între ordinile de drept ale Sistemului *socialist* şi cele ale altor Sisteme există de asemenea asemănări şi concordanţe. Totuşi, ele nu au decât o importanţă secundară atunci când se manifestă pe planul tehnicii juridice sau al elementelor fungibile, cum este cazul aici. Din contră, *Common Core*, constatat între aceste ordini juridice, ar avea o importanţă enormă dacă s-ar fi manifestat pe planul elementelor determinante.

Aceste observaţii nu vor nicidecum să scadă valoarea acestei lucrări privind *Common Core*, valoare care este sigură. Orice cercetare ştiinţifică este preţioasă nu numai datorită rezultatelor pozitive, ci şi pentru experienţa şi pentru rezultatele negative la care ea ajunge cel puţin implicit; ea este de asemenea valoroasă pentru modul în care rezolvă diversele dificultăţi de natură teoretică, metodologică şi practică. În ipoteza de acum, aceste dificultăţi au fost numeroase şi de felurite naturi. Observaţiile făcute urmăresc doar să sublinieze greutăţile pe care trebuie să le rezolvăm atunci când vrem să elaborăm un *Common Core* cu vocaţie universală.

116. Metoda comparativă ca instrument în stare să desprindă legile evoluţiei dreptului

Posibilitatea de a descoperi, prin comparare, legile evoluţiei dreptului precum şi principiile ce dirijează mecanica vieţii sociale a constituit, în secolul trecut, scopul cel mai ambiţios încredinţat dreptului comparat. Ideea aceasta a fost dominantă printre comparatiştii din

[67] *Heldrich*, 438.

cea de-a doua perioadă a secolului trecut. Pentru toţi cei ce credeau în evoluţia uniliniară a dreptului, metoda comparativă trebuia să permită mai întâi fixarea unei scheme generale a evoluţiei dreptului, calchiată pe evoluţia umanităţii. Apoi, ea trebuia să facă posibilă previziunea etapelor viitoare pe care o ordine juridică trebuie să le realizeze şi chiar reconstituirea etapelor trecute şi necunoscute pe care unele ordini juridice le-au străbătut. Într-un fel sau altul, aceste idei s-au regăsit la *Amari*[68], la *Kohler*[69] şi mai ales la *Post*[70].

De fapt, iluzia aceasta se baza pe teoria evoluţiei aplicată societăţilor omeneşti şi înţeleasă ca o dezvoltare regulată, uniliniară şi predeterminată. Această concepţie făcea din evoluţia dreptului "o înlănţuire rânduită, uniformă şi inevitabilă, a unor faze succesive de-a lungul unor variante neînsemnate, asemănătoare seriei de stări embrionare ale unei făpturi vii; dreptul comparat n-ar putea avea drept scop decât traseul acestei traiectorii"[71].

Critica[72] acestei concepţii, caracteristică îndeosebi etnologiei juridice, a fost deja făcută. La vremea respectivă, *Tarde*[73] a fost unul dintre cei ce au precizat cel mai bine lipsurile acestei concepţii pentru dreptul comparat[74]. Evoluţia societăţilor omeneşti şi a dreptului precum

---

[68] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 44.

[69] *Kohler* (**Procès-verbaux**) I, 230; *Sauser-Hall*, 95 şi urm.; *Gutzwiller*, 19; *Riese*, 17 şi urm.

[70] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 51 şi 52. A se vedea, de exemplu, *Egon Weiss*, 11.

[71] *Tarde* (**Procès-verbaux**) I, 438.

[72] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 53, 54.

[73] *Tarde* (loc. cit. 439) constata: "Determinismul social, fără de care se poate să nici nu existe ştiinţă socială, nu implică deloc în mod necesar formalismul acesta social ce ar constrânge formele juridice (sau lingvistice, sau religioase, sau politice, etc.) ale societăţilor să se deruleze într-o ordine invariabilă" ... "se pot deci concepe traiectoriile sociale în orice gen de evoluţie ca foarte multiple şi foarte diverse, ceea ce nu înseamnă că multiplicitatea şi diversitatea lor nu sunt de natură să se repartizeze în cadrul unui anumit număr, într-un mic număr poate, de tipuri şi subtipuri care sunt într-un anume fel singurele stări de echilibru stabil, singurele combinaţii viabile, într-o infinitate de combinaţii născute moarte".

[74] *Tarde* (loc. cit. 439) scrie: "Nenorocirea este că, dacă acest punct de vedere vine cu o explicaţie, totodată simplă şi preţioasă, a documentelor legislative şi cutumiare ale trecutului, ele tind să descurajeze şi să demoralizeze munca legiuitorului actual, fiindcă nu mai poate fi vorba pentru el să se orienteze cum doreşte, cum i se pare lui just şi bine, între mai multe căi divergente, ci doar să o caute, printre legislaţiile noi ale celorlalte ţări civilizate, pe cea pe care trebuie să o considerăm *cea mai avansată* pe drumul reputat unic şi universal, şi să o importe în întregime în ţara sa, mai mult sau mai puţin transpusă".

şi asemănările şi divergenţele revelate prin actul comparării nu se explică prin determinismul legilor diriguind o evoluţie uniliniară.

a) *Compararea nu poate fi nici un instrument de reconstrucţie, nici de previziune a evoluţiei dreptului*

Iniţiatorii etnologiei juridice şi promotorii istoriei comparate a dreptului vechi consideraseră că una din funcţiile principale ale metodei comparative[75] era de a desprinde legile[76] evoluţiei dreptului. După cum am văzut, aceasta însemna să se confunde ştiinţele sociale cu ştiinţele naturale şi să se creadă că cele două domenii erau conduse de legi constante şi predeterminate. Această confuzie iniţială trebuia să ducă la alte două greşeli, care, de altfel, nu au cruţat nici etnologia juridică, nici istoria comparată a dreptului vechi[77]. Prima era iluzia că a cunoaşte dreptul anumitor popoare vechi ar permite, prin metoda comparativă, reconstituirea dreptului necunoscut al popoarelor dispărute. A doua era că a cunoaşte ordinile juridice prezente ar permite să se prevadă fazele evoluţiei lor viitoare. Metoda comparativă primea astfel o funcţie de reconstituire juridică şi misiunea de a prevedea. Totuşi, aceste funcţii ale metodei comparative deveneau iluzorii în momentul în care fundamentul concepţiei era clătinat, adică era zguduită ideea unei evoluţii uniliniare şi predeterminate. Orientarea aceasta a fost în general abandonată. Totodată mai sunt şi excepţii. Unii filozofi ai dreptului, şi de asemenea câţiva jurişti, încă mai cred că metoda comparativă poate avea astfel de funcţii[78]. În ultimul timp, reafirmându-şi poziţia veche de patruzeci de ani, *Mario Rotondi*[79] a scris: "Acest concept de evoluţie desfăşurată ca o succesiune ordonată de forme, determinată de cauze permanent operante, este cel care le permite juriştilor, prin cunoaşterea trecutului mai apropiat, să reconstruiască fazele cele mai îndepărtate şi mai obscure şi să prevadă - cu anumită siguranţă - fazele viitoare... cel ce studiază dreptul, plecând de la examinarea dreptului actual şi de la cunoaşterea istoriei sale cea mai recentă, poate reconstrui instituţii

---

[75] Pentru valoarea acestor legi în sociologie şi etnologie a se vedea de asemenea *Carbonnier*, **Sociologie juridique**, 264 şi urm.

[76] *Kuhn* (322) scrie: "Istoria şi metoda comparativă pot astfel să caute împreună să descopere *rezultatele juridice normale* ale condiţiilor politice şi economice anterioare".

[77] *Sumner Maine* vorbea de "arheologie juridică".

[78] A se vedea, de exemplu, autorii citaţi de *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 54, nota 197.

[79] *Mario Rotondi*, **Technique du droit**, 14. Întreg pasajul este reluat cuvânt cu cuvânt din articolul pe care îl scrisese cu patruzeci de ani în urmă: **Dogmatik und Rechtsvergleichung**, ZvglRwiss 47 (1932) 16 (tiraj aparte) şi **Dogmatica e diritto comparato**. A se vedea şi *R. Savatier*, **Les Métamorphoses** (seria a doua), Nr. 322.

juridice dispărute... Dar, din şcoala-laborator experimental al ştiinţelor care este istoria, noi putem de asemenea ghici viitorul, aproximativ, atunci când împreună cu geologul şi cu astrologul vrem doar să postulăm continuarea neîntreruptă a acestor legi, acţiunea continuă a forţelor sale, pe care le-am văzut guvernând şi operând în trecut".

Ideea că naşterea şi evoluţia dreptului sunt guvernate, de la începutul istoriei şi întotdeauna, de aceleaşi forţe este falsă[80] deoarece ea postulează că evoluţia dreptului este condusă de legi naturale. Concepţia aceasta a fost părăsită de etnologia juridică şi condamnată de cei mai buni reprezentanţi ai istoriei comparate a dreptului vechi[81]. Evoluţia istoriei, în linii foarte mari, şi evoluţia societăţilor având structuri sociale apropiate permit indicarea anumitor tendinţe de evoluţie. Totuşi, nu trebuie să tragem concluzia că putem *prezice* evoluţia dreptului. Juriştii nu vor putea spune nici când, nici prin ce element al tehnicilor juridice se vor manifesta aceste tendinţe.

b) *Compararea poate indica tendinţa evoluţiei anumitor instituţii juridice*

Totodată, în acest domeniu, compararea poate oferi puncte de reper cu condiţia să nu le ignorăm valoarea relativă şi să nu le exagerăm importanţa. Într-adevăr, compararea multilaterală, aplicată ordinilor juridice ale ţărilor *ce au aceleaşi structuri*[82] *sociale, economice şi politice*, poate da indicaţii valabile privitor la *tendinţele evoluţiei*[83] anumitor instituţii juridice, sau chiar a anumitor domenii juridice.

Structurile sociale, economice şi politice nu sunt *elemente date* statice, ci elemente supuse unui proces continuu de modificare, de schimbare şi de evoluţie. Acest proces dinamic creează noi probleme şi nevoi la nivelul *dat*-ului ce duc la nişte apariţii paralele în domeniul *construit*-ului. Actualmente se poate observa, în ţările având structuri asemănătoare, o evoluţie ce merge de la polul liberalist al democraţiei către polul egalitar, care se combină cu *industrializarea* şi *transformarea în masă* a societăţii şi care modifică numeroase instituţii juridice. În domeniul dreptului familiei, evoluţia aceasta duce la egalitatea juridică

---

[80] A se vedea **supra**, Nr. 115.

[81] Pentru critică, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 54; *Arminjon-Nolde-Wolff*, I, 31; *Radbruch*, 424. *Häflin* (101) observă pe bună dreptate: "Vor allem ist es methodisch unzulässig, der Rechtsvergleichung als primäre Aufgabe die Erkenntnis von Entwicklungsgesetzen zuzuweisen".

[82] *Saleilles* era de părere că actul comparării putea să arate evoluţia comună a ordinilor juridice aparţinând aceleiaşi civilizaţii. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59.

[83] "Regularităţile ce denotă anumite tendinţe" de care vorbea *Gurvitch*.

între bărbaţi şi femei; ea tinde la înlocuirea puterii paternale cu puterea părintească şi în cele din urmă la atenuarea acesteia din urmă. Modificarea structurilor sociale, datorată progresului industriei şi tehnicii[84], întăreşte autonomia dreptului muncii, măreşte puterea sindicatelor, subliniază importanţa convenţiilor colective de muncă, asigură îmbunătăţirea dreptului muncii în toate elementele sale şi impune generalizarea securităţii sociale; etc. *Transformarea în masă* a societăţii industriale întăreşte tendinţa conform căreia răspunderea fără culpă, sau pe bază de risc, înlocuieşte progresiv, şi în majoritatea domeniilor, răspunderea pe bază de culpă; reparaţia pe baza răspunderii va fi din ce în ce mai mult înlocuită de reparaţia pe bază de asigurări; iniţiativa economică individuală şi întreprinderea individuală vor fi din ce în ce mai mult înlocuite de iniţiative colective, operă a marilor societăţi anonime; dominaţia statului asupra economiei şi a societăţii va spori; în numeroase ordini juridice pare să se înfiripe o tendinţă în favoarea protecţiei jurisdicţionale a particularului contra executivului[85], etc.

Acestea nu sunt decât câteva exemple de tendinţe ale evoluţiei actuale şi viitoare a unor instituţii şi domenii juridice ce pot fi presimţite. Este sigur că a compara ordinile juridice ale ţărilor având aceleaşi structuri sociale, economice şi politice, aceasta fiind însăşi condiţia oricărei previziuni, înseamnă a face să reiasă asemenea tendinţe în evoluţia instituţiilor juridice respective. În calitate de elaborare de ordin social, dreptul urmează şi exprimă în mod necesar modificările structurilor operate în sânul societăţilor. Totuşi, nu trebuie să pierdem din vedere că actul comparării permite doar revelarea tendinţei aproximative a evoluţiei viitoare a mai multor ordini juridice în anumite domenii comandate direct de schimbări paralele în structurile sociale şi economice. De altminteri, formele şi tehnicile juridice prin care se exprimă tendinţele comune pot fi foarte diverse. Faţă de structurile sociale dreptul se prezintă totdeauna ca o *variabilă* şi niciodată ca o *constantă* strict determinată. Nu este vorba deci de a prevedea evoluţia şi viitorul dreptului progresând cu certitudinea legilor naturale. Ceea ce se poate desprinde prin comparare sunt indicaţii aproximative privind tendinţa evoluţiei unor anumite domenii şi instituţii juridice, datorate schimbărilor structurilor sociale şi economice. Folosirea comparării multilaterale duce la rezultate mai sigure în acest domeniu atunci când ea se referă la ordini juridice care fac parte *din acelaşi* Sistem juridic.

---

[84] *R. Savatier*, **Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire**, PCdDC, II, 377 şi urm.

[85] În acest sens, *M. Bullinger*, **Rapport de synthèse, Gerichtschutz gegen die Exekutive** (Köln 1971) III, 193 şi urm.

117. Elaborarea teoriei generale a dreptului pe o bază comparativă

Micşorarea lumii, integrarea progresivă a planetei[86], depăşirea frontierelor naţionale care, cel puţin într-o parte a lumii, au încetat să mai fie bariere în calea liberei circulaţii a oamenilor, a ideilor şi a cunoştinţelor, multiplicarea studiilor de drept străin şi de drept comparat, sunt tot atâţia factori care îi împing pe jurişti să iasă din cadrul lumii lor juridice. Gândirea juridică a fost astfel obligată să iasă progresiv din izolarea în care o închisese perspectiva ptolemeică exprimată prin *naţionalizarea* dreptului şi a ştiinţei juridice[87]. Obstacolul lingvistic şi izolarea au fost progresiv combătute; schimburile de cunoştinţe şi de idei peste frontiere devin din ce în ce mai frecvente, iar cooperarea internaţională pe planul ideilor juridice se măreşte[88]. Astfel, sunt puse bazele necesare pentru ca *noosfera*[89] să fie îndeplinită chiar şi în domeniul dreptului, anume prin îmbogăţirea reciprocă datorată osmozei ştiinţifice şi comunicării experienţelor paralele sau complementare. Chiar dacă dreptul pozitiv rămâne, prin natura lucrurilor, legat de fundamentul naţional, prin dreptul comparat, ştiinţele juridice naţionale se "descătuşează" din ce în ce mai mult.

Fragmentarea dreptului prin codificări şi mai ales naţionalizarea, pe cale de consecinţă, a ştiinţelor juridice[90] le obligaseră pe acestea din urmă să se mărginească la cadrul şi experienţa naţională pentru a-şi examina şi preciza noţiunile, principiile, soluţiile şi concepţiile lor juridice. Această neîndoielnică sărăcire s-a realizat sub semnul exaltant al orgoliului naţional. Sărăcirea ştiinţifică este sigură deoarece, dacă dreptul pozitiv trebuie să fie "naţional legat", ştiinţa juridică nu poate rămâne naţională decât cu riscul de a-şi pierde caracterul ştiinţific sau de a se *provincializa*, după cum prezisese *Jhering*[91]. În realitate, nu

---

[86] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 22.

[87] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 7, 9, 12, 20.

[88] Ea era deja începută demult. A se vedea *Rabel*, **Fachgebiete**, 204 şi urm. şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, îndeosebi cartea a doua.

[89] A se vedea *Pierre Teilhard de Chardin*, **Œuvres, L'avenir de l'homme** (Paris 1959) V, 201 şi urm.

[90] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 12. De atunci lucrul acesta a fost repetat tot timpul. De exemplu *Yntema*, AJoCL 1 (1952) 13: "o ştiinţă a dreptului locală sau naţională este o *contradictio in adjecto*".

[91] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 12.

există ştiinţă naţională. Acest adevăr este astăzi general acceptat. Pe bună dreptate *Eisenmann*[92] scrie: "Nu ne putem imagina un învăţământ de botanică sau de biologie care ar declara *a priori* că se limitează la o singură specie de plante, la o singură specie de vieţuitoare". Totuşi, "oriunde este vorba de relaţii sau de materii juridice pe care statele le reglementează în mod suveran, studiul nu se referă decât la ordinea juridică a unui *singur* stat, la *un* drept civil, *un* drept comercial determinat. Ceea ce arată în mod deosebit în ce măsură ne aflăm la antipozii exigenţelor ştiinţifice cele mai elementare"[93].

O veritabilă teorie, cu adevărat generală, a dreptului nu poate fi elaborată decât pe o bază comparativă. Ea ar cuprinde diversele experienţe naţionale comparate privind noţiunile şi formele de gândire juridică, cunoştinţele şi conceptele juridice, normele şi scara de valori, raporturile normei juridice cu realitatea socială; în fine, tot ceea ce, la ora actuală, intră în teoria generală a dreptului. Numai pe această bază comparativă poate fi elaborată o veritabilă teorie generală a dreptului ce ar putea să râvnească la această universalitate[94], adică să devină acea *Universale Rechtswissenschaft* la care visau deja *Feuerbach* şi *Kohler*. Bineînţeles, acest lucru necesită altceva decât o pluralitate de eforturi

---

[92] *Charles Eisenmann*, **Les Sciences sociales dans l'enseignement supérieur: droit** (Paris Unesco 1954) 46.

[93] *Charles Eisenmann*, op. cit., 59.

[94] În acest sens *Zweigert* (**Buchbesprechung**, RabelsZ 15, 1949-1950, 355) care preconizează o Vergleichende *allgemeine* Rechtslehre "in der die Grundinstitute des Rechts in der - eben durch die Vergleichung sehr aufgelockerten - Systematik zu behandeln wären, die in den Systemen des «Allgemeinen Teils» auf dem Kontinent entworfen worden ist". A se vedea de asemenea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Compte rendu de l'ouvrage d'Esser (Grundsatz und Norm)**, Annales Universitatis Saraviensis (1957) 50: "Într-adevăr, suntem de părere că ea poate şi că ea (teoria generală a dreptului) trebuie să fie astfel, prin folosirea metodei comparative. În mod tradiţional, această teorie generală era făcută din salturi ce mergeau de la imanent spre transcendent. Fiecare ordine juridică naţională oferea experienţa, "cadrul sistematic" şi "conţinutul dogmatic", pe când filozofia dreptului îi punea la dispoziţie aripile speculaţiei şi formulele sintezei. De aici, tot atâtea teorii generale ale dreptului, câte ordini juridice erau. Or, nu poate exista decât o singură teorie generală a dreptului. Ea nu poate fi făcută decât pe baza experienţelor paralele ale diverselor ordini de drept naţionale, investigate în mod comparativ şi adunate în sinteze formulate pe bază comparativă. Or, teoria generală a dreptului, ca sinteză elaborată pe bază comparativă, ni se pare că poate fi unul din obiectivele teoretice ale acestei discipline care îşi caută, odată cu autonomia sa, propriul domeniu". În acelaşi sens *Mayda* (**Quelques réflexions critiques sur le droit comparé contemporain**, RIDC, 22, 1970, 57 şi urm.) care vorbeşte despre *jurisprudenţa ştiinţifică* (63). Pentru semnificaţia pe care el o atribuie termenului de *jurisprudenţă* a se vedea loc. cit. (63, nota 16). Ceea ce are în vedere el este teoria generală a dreptului. Într-adevăr, el scrie (63): "teoria dreptului nu poate fi naţională, ci numai comparativă, *dezvoltarea jurisprudenţei ştiinţifice devine o sarcină nouă pentru dreptul comparat*".

naţionale ce se ignoră reciproc. Aceasta cere în realitate un efort comun, realizat pe o bază internaţională, unde eforturile naţionale se întrepătrund şi se coordonează îndreptându-se spre acelaşi scop. Într-adevăr, numai compararea poate reînnoi ştiinţa juridică, şi mai ales teoria generală a dreptului, scoţând-o din cadrul limitat de experienţă, de dogmatică, de ştiinţa sistematizării şi de teoriile naţionale, pentru a o îmbogăţi cu rezultatul experienţelor paralele făcute, în acelaşi domeniu, de celelalte ordini juridice. Fără comparare, teoria generală a dreptului[95] nu poate fi nici stabilită, nici întinerită.

După cum remarcă *David*[96] pe bună dreptate armonizarea ordinilor juridice europene are un dublu aspect: unul legislativ şi unul ştiinţific ce prezintă o mai mare importanţă. Într-adevăr, acesta din urmă constituie baza necesară pentru orice apropiere legislativă, însă el constituie de asemenea şi mai ales instrumentul oricărei cunoaşteri ştiinţifice reciproce, al osmozei ştiinţifice dintre ordinile juridice şi prin aceasta însăşi dintre jurişti şi popoare. O teorie generală a dreptului elaborată pe o bază comparativă ar reprezenta în acelaşi timp rezultatul unei depăşiri a ştiinţelor juridice naţionale, dar şi punctul de plecare în vederea unei mai bune cunoaşteri şi înţelegeri a fenomenului juridic însuşi. Dovada a fost adusă de mai multe ori, dar în contexte mai reduse. Adesea succesul unei receptări a fost asigurat de existenţa unei doctrine comune sau de cunoaşterea ordinii juridice primite de către juriştii ţării receptoare[97]. Se cuvine să precizăm că la ora actuală această operă nu ar putea fi realizată decât de o echipă mare de cercetători, aparţinând unor ordini juridice diverse şi având ei înşişi o vastă experienţă comparativă şi o largă formaţie.

Deseori s-a pus întrebarea care era utilitatea sumedeniei de cunoştinţe furnizate de micro-comparare. Acestea s-au îngrămădit unele

---

[95] Aceasta diferă de Ştiinţa autonomă a dreptului comparat, obiect al celui de-al treilea volum.

[96] *R. David*, **Die Zukunft der europäischen Rechtsordnungen: Vereinheitlichung oder Harmonisierung, Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen** (Tübingen 1955) 12.

[97] Exemplele sunt numeroase. Să citäm numai două. Mai întâi ştiinţa "franco-germană" (*J. Kohler*, **Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemandes, Livre du Centenaire**, 1904, II, 617); *Boehmer*, **Rapport, Travaux de la Semaine internationale de droit**, 586). Receptarea Codului civil francez, în România, a fost pregătită de juriştii români formaţi în Franţa (*Léontin-Jean Constantinesco*, **Le Code civil français et son influence en Europe (Roumanie), Semaine internationale de droit** (Paris 1954) 9 şi 17 şi urm.).

peste altele fără să ştim să tragem vreun folos din ele[98]. Dacă lăsăm de o parte diferitele utilizări, precise şi limitate, de care sunt susceptibile cunoştinţele comparative, este sigur că n-am ştiut nici să ordonăm, nici să clasăm numeroasele cunoştinţe micro-comparative. Pe de o parte, lipseşte finalitatea teoretică a acestei clasificări, pe de altă parte nu există criteriul de clasificare. Şi, cu toate acestea, micro-cunoştinţele, oferite de micro-comparare, pot sluji nu numai la elaborarea unei teorii generale a dreptului, stabilită pe bază comparativă, ci şi la reînnoirea şi lărgirea cunoştinţelor propuse de ordinile juridice naţionale, în cadrul fiecărei[99] discipline juridice.

Pe bună dreptate unii comparatişti sunt de părere că, cu ajutorul micro-comparării, se poate elabora pentru fiecare disciplină juridică un fel de drept comun comparativ, sau de teorie generală a fiecărei discipline, elaborată pe bază comparativă. Acest punct de vedere este exact[100]. Rezultatele obţinute de micro-comparare pot fi folosite de asemenea pentru a-i da fiecărei discipline juridice partea comparativă ce ar permite să se pună mai bine problemele, să fie situate mai bine concepţiile fundamentale şi soluţiile comune sau specifice ordinilor juridice naţionale, în materie.

Finalitatea acestei acţiuni este teoretică: ea vizează să-i dea fiecărei discipline juridice dimensiunea sa comparativă, adică să facă să iasă soluţiile naţionale din *ghetoul naţional* pentru a le confrunta cu problemele şi soluţiile juridice ale altor ordini de drept. În această ipoteză, clasificarea micro-cunoştinţelor se realizează în cadrul fiecărei discipline juridice. Cunoştinţele comparative pot fi ordonate în mod instituţional, funcţional, după felul soluţiilor şi al rezultatelor. Scopul acestei clasificări a micro-cunoştinţelor comparative este de a clarifica mai bine soluţiile naţionale prin soluţiile străine, de a arăta alte forme de a pune şi de a dezlega aceleaşi probleme juridice, de a confrunta concepţiile naţionale fundamentale cu alte concepţii. Prin această parte generală

---

[98] Pentru aprecierea foarte severă a lui *Binder* a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 82, nota 4.

[99] *Makarov*, **Internationales Privaticht und Rechtsvergleichung** (Tübingen 1944) 5 constată că: "Die rechtsvergleichende Methode kann auf allen Rechtsgebieten Anwendung finden".

[100] *Imré Szabó* (**La science comparative du droit**, 125) este de părere că *principiile generale* ale diverselor discipline juridice din ţările socialiste fiind aceleaşi, se poate, prin compararea dreptului pozitiv al statelor *socialiste*, stabili un sistem comun de principii, reguli şi categorii, imanent ţărilor *socialiste*. Noi credem de asemenea că este mai lesne să se desprindă *principiile comune* în cadrul Sistemelor juridice. *Posch* şi *Petev* (93) considerau că o astfel de operaţie este încă prematură pentru Sistemul *socialist*.

comparativă se poate reînnoi maniera naţională de a vedea şi de a concepe problemele juridice în cadrul fiecărei discipline juridice, şi se poate lărgi orizontul juriştilor făcându-le cunoscut rodul altor experienţe paralele. Este evident că o teorie generală a dreptului civil, de exemplu, a dreptului constituţional, a dreptului administrativ, a dreptului procesual[101], etc., nu poate fi elaborată pe baza îngustă a cunoştinţelor fiecărei ordini juridice şi a teoriilor elaborate în interiorul fiecărei ordini de drept. E vorba aici de o folosire deosebit de utilă a rezultatelor dobândite cu ajutorul micro-comparării ce continuă să rămână nişte rezultate obţinute prin micro-comparare[102] dar care ar fi ordonate în aşa fel încât să se poată trage un folos mai bun.

Concepţia aceasta a fost aplicată în domeniul dreptului public de comparatistul spaniol *Manuel Garcia Pelayo*[103]. Cu ajutorul micro-comparării, el a elaborat o teorie generală a dreptului constituţional al democraţiei liberale. Dreptul constituţional comun pe care l-a elaborat astfel apare şi ca un drept constituţional de natură mai mult sau mai puţin ideală. *Biscaretti di Ruffia*[104] a început prin a face lungi dezvoltări comparative înainte de a scrie o introducere în dreptul comparat constituţional. *Jescheck*[105] consideră de asemenea că unul din scopurile principale ale comparării în dreptul penal constă în a desprinde o teorie generală a dreptului penal, echivalentă teoriei generale a dreptului, sau economiei politice. Această teorie generală a dreptului penal nu s-ar mai baza pe premise filozofice, ci ar fi construită pe baze empirico-

---

[101] Numeroasele lucrări ale lui *Cappelletti* arată valoarea comparării chiar într-un domeniu atât de tehnic şi de complex ca dreptul procesual.

[102] Profesorul *Langrod*, în darea lui de seamă (RIDC 1972, 476 şi urm.) asupra lucrării mele **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, pune problema de a şti ce devin rezultatele obţinute prin micro-comparare şi, dacă fac parte din dreptul comparat, în ce categorie ar trebui să le integrăm. Aceste rezultate constituie cunoştinţe de natură comparativă. Ca atare, ele sunt susceptibile de diferite utilizări şi aplicaţii. Folosirea lor, pentru a stabili o teorie generală a dreptului sau partea comparativă a fiecărei discipline, constituie una din aplicaţiile lor teoretice cele mai adecvate. Cunoştinţele elaborate de micro-comparare pot fi folosite în învăţământ, ca informaţii comparative (a se vedea **supra**, Nr. 7, şi *D. Tallon*, **Comparative Law: Expending Horizons**, 265) pentru a elabora o teorie generală a dreptului pe bază comparativă sau partea comparativă a fiecărei discipline juridice naţionale. Atunci ele sunt integrate în aceste discipline juridice. Ele pot sluji de asemenea pentru satisfacerea unor scopuri practice.

[103] *Manuel Garcia Pelayo*, **Derecho constitucional comparado** (Madrid, ed. a 6-a, 1961).

[104] *Paolo Biscaretti di Ruffia*, **Diritto costituzionale** (Milano, ed. a 9-a, 1972); *acelaşi*, **Introduzione al diritto costituzionale comparato** (Milano 1969).

[105] *Hans-Heinrich Jescheck*, 27.

comparative. Această teorie comparativă a dreptului penal[106] ar trebui să ordoneze, într-un sistem larg, să expună şi să utilizeze faptele, principiile juridice şi teoriile dezvoltate de alte ordini de drept[107].

Aceste întrebuinţări ale cunoştinţelor micro-comparative constituie un mare progres, şi permit o reînnoire ştiinţifică. Într-adevăr, a cunoaşte modul în care alte ordini de drept pun şi rezolvă aceleaşi probleme juridice sau probleme echivalente înseamnă pentru fiecare disciplină juridică să se îmbogăţească prin experienţa paralelă a altor ordini juridice datorită comparării.

118. Compararea ca instrument pentru elaborarea unei sistematizări supranaţionale, a unei terminologii juridice universale şi a tipurilor ideale

O altă problemă ce se pune este aceea de a şti dacă una din funcţiile comparării este de a elabora o sistematizare supranaţională, o terminologie universală şi nişte tipuri de instituţii juridice, ideale şi abstracte, alcătuind baza unei Ştiinţe juridice comparative universale. Unii comparatişti sunt de părere că unul din obiectivele, dacă nu obiectivul principal, al metodei comparative ar fi tocmai elaborarea unor noţiuni juridice supranaţionale[108] şi a unor tipuri de instituţii juridice suprapozitive[109]. Pentru unii autori, acest scop constituie chiar "structura conceptuală a ştiinţei dreptului comparat"[110].

---

[106] *Jescheck*, 28.

[107] În ceea ce priveşte posibilitatea de a elabora o *Ştiinţă juridică universală* comparativă, a se vedea **infra**, Nr. 119.

[108] Deja *Lambert*, **Sources du droit comparé ou supra-national. Législation uniforme et jurisprudence comparative. Recueil Geny** (Paris 1934) III, 471 şi urm.

[109] Referindu-se la unificarea internă pe care mai multe ţări erau pe cale să o realizeze *Rabel* (**Fachgebiete**, 184) scrie: "Schon die Feststellung und Verarbeitung dieser Gemeinsamkeiten nötigt zugleich zu überlegten neuen Begriffsbildungen und nähert sich der Aufstellung von Prinzipien der allgemeinen Rechtslehre". Puţin mai departe (**Fachgebiete**, 186) el precizează că "oft erforden solche Vergleiche die Herausbildung gereinigter Begriffe, und so wird die Rechtsvergleichung auch vor einem eigenen System nicht zurückzuschrecken haben". În alt context *Zweigert-Aubin* (39) afirmă că e vorba mai ales de "prinzipielle Zusammenhänge aufzudecken und die Einheit eines überpositiven Systems deutlich zu machen". *Zweigert*, **Die Rechtsvereinheitlichung**, RabelsZ 16 (1951) 395 scrie: "Wir brauchen also für die «loi uniforme» Begriffe, die ihre nationalen Bindungen abgelegt haben. Diesen *übernationalen Begriffsapparat* kann nur die Wissenschaft zur Verfügung stellen, indem sie hinter den national getönten Begriffen aus einer vergleichenden Schau das auf einer höheren Ebene liegende juristische Phänomen erkennt und ihm in der Formulierung eine Weite der Fassung verleiht, welche die Vielfalt der nationalen Begriffe umfasst und dennoch an juristischer Schärfe nicht verliet". În acelaşi sens *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 593 şi urm. *Rabel*, **Deutsches und amerikanisches Recht** (RabelsZ 16, 1951, 358) scrie: "was wir letzten Endes erhoffen, ist eine universale Rechtslehre mit eigenen Begriffen und Wertungsmasstäben".

[110] *Rozmaryn*, **Comunication, A propos des Colloques de l'Association internationale des Sciences juridiques sur la règle de la légalité**, RIDC 10 (1958) 71.

Problema este nouă dacă se lasă de o parte unele tendinţe ale filozofiei şi etnologiei juridice, manifestate în cea de-a doua perioadă şi care priveau elaborarea legilor evoluţiei sau o arhi-tipologie universală[111]. *Saleilles* este cel care a lansat în dreptul comparat ideea unor "instituţii-tip" şi a "tipului ideal relativ"[112]. El înţelegea prin aceasta un fel de instituţie juridică ideală, desprinsă prin compararea instituţiilor juridice comune multor ordini juridice, având structuri socio-economice asemănătoare. După el, aceste instituţii-tip, reprezentând un fel de "ideal relativ", puteau servi obiective de politică legislativă, jurisprudenţială şi doctrinală. Acest model era "ideal" deoarece era superior instituţiilor juridice naţionale; era "relativ" fiindcă era limitat de condiţiile socio-economice, adică nu era valabil decât pentru anumite ordini juridice la un moment dat al evoluţiei lor[113]. După el, îndeosebi filozofii dreptului şi comparatiştii germani sunt cei care, prin intermediul lui *tertium comparationis*, începând cu *Radbruch*, s-au ocupat cel mai mult de problema aceasta. În fapt, problema a fost complicată în dreptul comparat de teoria conceptelor dreptului internaţional privat, precum şi de o viziune caracteristică filozofiei dreptului în care plutea nostalgia faţă de un fel de drept natural sau reminiscenţe ale acelei *Begriffsjurisprudenz*. Deşi problema a fost pusă pe un plan teoretic şi îndepărtat de realitate, ea are pentru comparare o semnificaţie practică şi metodologică. În continuare, vom încerca să precizăm principalele aspecte ale problemei.

a) *Sistematizarea supranaţională*

Unii comparatişti s-au întrebat dacă o comparare ce cuprinde un foarte mare număr de ordini juridice necesită o sistematizare proprie şi supranaţională[114]. Clasificările pe care se bazează ordinile juridice

---

[111] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 49 şi urm.

[112] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, nota 49.

[113] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 61.

[114] A se vedea, de exemplu, *Drobnig*, **Methodenfragen**, 228. A se vedea şi *Zweigert* (**Méthodologie du droit comparé**, 593) care plecând de la compararea *funcţională* ajunge la aceeaşi concluzie: "Dacă în studiile noastre punem pe primul plan funcţia instituţiilor juridice, de aici decurg de asemenea consecinţe din punct de vedere *sistematic*. Sisteme comparative întregi, înaintea cărora, după o vorbă a lui *Rabel*, nu trebuie să dăm îndărăt, precum şi studii comparative ale unor probleme speciale vor dezvolta în mod fatal propriile lor legi şi propriile lor noţiuni teoretice. Sistemul trebuie să fie destul de mlădios ca să poată aduna sub nişte concepte extensive instituţii eterogene, însă comparabile prin funcţiile lor".

naţionale se dovedesc a fi insuficiente[115] pentru a grupa şi acoperi realitatea juridică, atunci când este vorba de proiecte cu vocaţie universală, cum este *International Encyclopedia of Comparative Law*[116]. Promotorii *Enciclopediei* au fost obligaţi să elaboreze o sistematizare proprie, deosebită de cea a ordinilor juridice naţionale, dat fiind că ultimele prezintă particularităţi specifice ce le fac inapte să răspundă nevoilor unei sistematizări universale. În astfel de ipoteze o sistematizare supranaţională posedând criterii proprii de clasificare şi de grupare este îndreptăţită. Totodată trebuie să ne ferim de a desemna aceste clasificări ca nişte "modele ideale" şi să credem că ele sunt, prin ele însele, superioare sistematizărilor naţionale şi că prin urmare ele pot avea o valoare indicatoare pentru cele din urmă. Sistematizările şi clasificările supranaţionale ale instituţiilor juridice nu au valoare prin ele însele, ci prin scopurile în vederea cărora sunt elaborate: scopuri metodologice, didactice, sau expozitive. O asemenea sistematizare este justificată, în ipoteza aceasta, prin năzuinţa *Enciclopediei* de a fi universală. Totuşi, s-ar cuveni să se examineze dacă o sistematizare supranaţională, limitată însă la ordinile juridice ale aceluiaşi Sistem juridic, n-ar putea mai bine cuprinde şi prezenta realitatea juridică.

b) *Terminologia juridică supranaţională*

Orice comparatist se confruntă cu dificultăţi terminologice. Acestea sunt anevoie de rezolvat tocmai fiindcă îndărătul fiecărei probleme pur lingvistice se ascunde o lume de noţiuni juridice, care reflectă particularităţi ale gândirii naţionale şi elemente specifice ordinii juridice avute în vedere[117]. Divergenţele de ordin terminologic pun comparării probleme noi ce sunt de o mare însemnătate practică pentru tratatele internaţionale şi îndeosebi pentru tratatele încheiate în mai multe limbi care sunt autentice în acelaşi timp, pentru legile uniforme şi pentru comerţul internaţional.

În 1927, la iniţiativa lui *Altamira*[118], *Academia Internaţională de Drept Comparat* alcătuise proiectul de stabilire a unui "vocabular juridic comparat" pentru cinci limbi. Proiectul nu a fost realizat deşi în sesiunea sa din 1949 Academia[119] şi-a manifestat din nou intenţia de a-l relua. Oricum, era vorba în ipoteza aceasta de soluţia clasică, aceea a

---

[115] A se vedea în acest sens *Drobnig*, **Methodenfragen**, 228 şi urm.; *acelaşi*, RabelsZ 33 (1969) 380.

[116] A se vedea privirea de ansamblu dată de *Zweigert*, RabelsZ 31 (1967) 539 şi urm.

[117] A se vedea **supra**, Nr. 50.

[118] *Altamira*, AAUJC (1934) II, 1, 237 şi urm.

[119] RIDC 1 (1949) 126.

unui glosar plurilingv. În acelaşi timp, comparatişti precum *Ascarelli*[120] afirmaseră că dreptul comparat constituie instrumentul pentru elaborarea unui "limbaj" juridic internaţional. În perspectiva aceasta se înscriu sugestiile de a elabora un *vocabular juridic universal* sau o *terminologie juridică supranaţională*, făcute îndeosebi de comparatişti germani. Pentru unii, această soluţie se explică prin voinţa de a stabili un complex de noţiuni şi de concepte juridice supranaţionale necesare unificării juridice[121]. Pentru alţii[122], soluţia aceasta se explică prin nevoia de a oferi un suport terminologic noilor noţiuni, clasificări şi categorii juridice[123]. Ideea unei terminologii uniforme şi universale este subprodusul sistematizării supranaţionale[124].

Bineînţeles, elaborarea unei noi terminologii juridice se justifică în măsura în care terminologia juridică naţională este inaptă să exprime noţiuni noi desprinse cu ajutorul comparării. Totuşi, termenii juridici supranaţionali nu au motive să existe[125] decât în măsura în care ei exprimă noţiuni noi ce nu pot fi încadrate şi exprimate de terminologia juridică naţională. Altfel, un asemenea vocabular riscă să devină un *esperanto juridic* care, neputând înlocui nici completa vocabularul juridic naţional, va trăi o viaţă artificială, alături de terminologia juridică naţională. Chiar şi promotorii săi cei mai zeloşi a trebuit să înţeleagă că o terminologie supranaţională n-a fost în măsură să realizeze, cel puţin până în prezent, ce se aştepta de la ea. Este exact să constaţi împreună cu *Zweigert*[126] că principiul *îmbogăţirii fără justă cauză* apare în numeroase ordini juridice, deşi sub forme tehnice diferite[127]. Cu toate acestea, nu este clar ce ar aduce nou crearea unei noi noţiuni intitulate *Rückleistung und grundlöses Haben*. Dacă actul comparării lasă să se întrevadă faptul că e vorba de o instituţie juridică comună, deoarece are aceeaşi funcţie în mai multe ordini juridice, problema terminologică nu va aduce nici o dificultate. Într-adevăr, poate foarte bine să fie păstrat

---

[120] *Ascarelli* 5: "Ma innanzi tutto, il diritto comparato representa lo strumento per la formazione di un «linguaggio» giuridico internazionale. Il rafforzare e sviluppare nel diritto de un linguaggio ideale, internazionalmente uniforme, significa a sua volta, contribuire a un sempre maggiore comprensione, e perciò a una maggiore cooperazione internazionale".

[121] *Zweigert*, RabelsZ 16 (1951) 395; *Mayda*, **Quelques réflexions critiques sur le droit comparé contemporain**, RIDC 22 (1970) 65 şi urm.

[122] A se vedea, de exemplu, *Drobnig*, **Methodenfragen**, 230.

[123] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 594.

[124] *Drobnig*, **Methodenfragen**, 231 şi urm.

[125] A se vedea dificultăţile expuse de *Drobnig*, **Methodenfragen**, 231 şi urm.

[126] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé** (594) se bazează pe *Esser*.

[127] *Zweigert* (loc. cit.) care dă exemplul îmbogăţirii fără justă cauză, al răspunderii delictuale, etc.

unul din termenii folosiţi de către una din ordinile juridice, ca, de pildă, *ungerechtfertigte Bereicherung* sau *îmbogăţire fără justă cauză*, cu condiţia de a şti că acest termen comun indică o noţiune comună în funcţia sa fundamentală, deşi nu identică, deoarece cauzele şi condiţiile de existenţă, tehnica juridică prin care se realizează principiul şi rezultatele juridice pot varia, într-o anumită măsură, de la o ordine juridică la alta. Folosirea termenilor juridici naţionali s-a dovedit întotdeauna necesară, căci o terminologie juridică supranaţională, autonomă şi purificată de orice element naţional sau regional, "nu are prea mult sens" şi nu a fost realizată până în prezent.

În acest context a fost pusă o altă problemă având o importanţă practică[128]. Orice muncă în domeniul informaticii şi al prelucrării datelor necesită, în dreptul comparat, ca o condiţie indispensabilă, o unitate a vocabularului[129]. Unitatea aceasta cere la rândul ei unitatea noţiunilor juridice. Atâta vreme cât aceasta nu există, problema informaticii în dreptul comparat este prematur pusă. În sfârşit, nu trebuie să pierdem din vedere că apropierea conceptelor juridice cele mai elementare, chiar şi realizată cu grijă, poate să nu arate diferenţele fundamentale existente între ele. Concepte elementare, ca, de exemplu, cel de drept sau cel de justiţie, au în Sistemele juridice europene, *socialiste* sau islamice semnificaţii total diferite. Asemănarea lor formală nu împiedică divergenţa lor substanţială şi funcţională, care este fundamentală. Cum să realizezi unitatea vocabularelor în aceste condiţii? Singura soluţie posibilă mi se pare tot aceea de a renunţa la universalitate şi de a începe prin a realiza unitatea aceasta în cadrul în care ea există pentru numeroase concepte şi noţiuni juridice, în afara elementelor determinante, adică în cadrul fiecărui Sistem juridic.

c) *Funcţia comparării ca instrument pentru elaborarea sistemelor teleologice abstracte, a noţiunilor şi a tipurilor*

a) Acum câţiva ani, *Sandrock*[130] a procedat la o analiză amănunţită pentru a afla dacă metoda comparativă poate sluji ca să se elaboreze "sisteme[131] *teleologice*"[132] care apar în dreptul civil[133]. Bazându-se pe

---

[128] *Lucien Mehl*, **Informatique juridique et droit comparé**, RIDC 20 (1968) 620 şi urm.

[129] A se vedea de asemenea *Mayda* (**A critical look at "comparative law" teaching in the United States**, JoLE, XVII, 1964, 193 şi urm.) care este de părere că punerea pe calculator a sistemelor juridice naţionale cere o bază semantico-conceptuală comună, cu neputinţă de desprins fără comparare.

[130] *Sandrock*, 42 şi urm.

[131] Nu se înţelege prea bine de ce *Sandrock* numeşte aceste sisteme (care în terminologia juridică latină ar fi mai curând nişte categorii)*teleologice*.

examinarea doctrinei germane, *Sandrock*[134] afirmă că există două căi pentru folosirea cunoştinţelor oferite de comparare ca să se elaboreze "sisteme teleologice". Prima ar consta în elaborarea, prin comparare, a unor "sisteme abstracte" şi "strict ideale" (*abstrakte, rein ideale Systeme*) care ar plana "deasupra mai multor ordini juridice"[135] şi care sunt menite să le propună legiuitorilor şi judecătorilor modele pentru a forma sau reforma dreptul lor pozitiv. A doua cale ar fi aceea care renunţă să formeze modele abstracte şi ar admite ca instituţiile juridice existente într-o ordine juridică străină să fie direct folosite, după comparare, pentru introducerea în dreptul naţional a noţiunilor şi instituţiilor juridice similare.

Mai multe modalităţi ar permite să se ajungă la rezultatul vizat de prima cale. Prima este aceea a lui *tertium comparationis* ca punct comun de referinţă, a cărui lipsă de temei am arătat-o[136] şi căruia *Sandrock*[137] nu-i acordă nici o importanţă în această ipoteză. A doua modalitate ar fi aceea de a construi, prin comparare, "sisteme ideale" şi "supra-statale" care ar rezulta din mai multe ordini juridice ca "tip comun" (*Durchschnitts- und Häufigkeitstypen*). S-ar putea elabora astfel "tipuri comune" care, în forme pure, n-ar exista în nici o ordine juridică, dar ar putea să le slujească drept puncte de referinţă. Autorul pune de asemenea problema de a şti dacă prin compararea "sistemelor teleologice" nu s-ar putea desprinde cumva, nu nişte *Durchschnittstypen*, ci *Werttypen*, deci "modele de valoare" capabile de a sluji ca model pentru legiuitorii şi judecătorii naţionali. *Sandrock*[138] este cel dintâi care s-a îndoit - şi pe bună dreptate - că elaborarea unor astfel de *idealer Werttypen* poate fi logic posibilă şi practic utilă.

---

[132] Conform autorului, care reia concepte şi termeni pe care filozofia dreptului german i-a dezvoltat (a se vedea autorii citaţi de *Sandrock*, 42 şi urm.), sistemul poate avea o triplă semnificaţie: a) axiomatic-deductivă; b) categorială şi de clasificare (*klassifikatorisch-kategorielle*); c) pentru a asigura preponderenţa marilor principii (grosse Maximen) în dreptul civil.

[133] *Esser*, 336 şi urm.

[134] *Sandrock*, 45.

[135] **Supra**, Nr. 9, 23.

[136] *Sandrock*, 46.

[137] *Sandrock*, 51. A se vedea de asemenea *Sauser-Hall* (82 şi urm.) care cu mult înainte criticase asemenea concepţii. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59, nota 49. Aceasta explică şi critica pe care i-o adresează *Drobnig* (RabelsZ 33, 1968, 378 şi urm.) şi *Zweigert-Kötz* (I, 47) şi *von Caemmerer-Zweigert* (293) care vor să întemeieze *Ştiinţa juridică universală comparativă* tocmai pe asemenea noţiuni abstracte şi concepte suprapozitive, obţinute prin comparare. A se vedea **infra**, Nr. 119.

[138] *Saleilles* înţelesese perfect acest lucru.

În realitate, aceste speculaţii par mai degrabă nişte jocuri ale spiritului, mai mult sau mai puţin de prisos.

Mai întâi fiindcă însăşi noţiunea de "sistem-tip teleologic" este îndoielnică, şi nu are un temei clar definit în diversele Ştiinţe juridice naţionale. Apoi, fiindcă în lumea juridică, ce nu cunoaşte absolutul, "sistemele tip ideale" nu pot avea decât o valoare relativă[139]. Elaborarea lor, complet abstractă, prin speculaţie, sau parţial concretă, prin comparare, nu le modifică relativitatea cu nimic. Apoi, în virtutea căror criterii, calitative sau cantitative, putem noi să le stabilim caracterul "ideal" ? Astfel încât nu putem alunga impresia că aceste modele de valoare "luate ca sisteme ideale" derivă mai curând din vechea concepţie a unui drept ideal prestabilit, concepţie căreia compararea actuală îi este complet străină. În actul comparării asemenea "tipuri" nu pot avea decât o valoare relativă. O sistematizare supranaţională, necesară pentru nevoi concrete, nu se bazează nicidecum pe astfel de "tipuri ideale". Ea încearcă să elaboreze criterii noi de grupări în stare să încadreze mai bine realitatea juridică în cadrul proiectelor concrete[140] de cercetare.

b) *Sandrock*[141] a examinat de asemenea chestiunea de a şti în ce măsură compararea poate facilita construcţia şi precizarea noţiunilor juridice[142] şi a tipurilor juridice[143]. În analiza sa, bazată îndeosebi pe

---

[139] De exemplu *Drobnig*, **Methodenfragen**, 228 şi urm.

[140] *Sandrock*, 57 şi urm. şi 63 şi urm.

[141] *Sandrock* (57 şi urm.) defineşte *noţiunea* bazându-se pe analiza aprofundată pe care *Larenz* (412 şi urm. cu bibliografie suplimentară) precum şi alţi autori germani au făcut-o în cadrul lui *Methodenlehre* sau al teoriei generale a dreptului. *Noţiunea* ar fi o noţiune abstractă şi generală obţinută printr-un proces de abstractizare izolatoare (*isolierende Abstraktion*). Din *noţiune* decurg efecte juridice. *Salomon* (**Grundlegung zur Rechtsphilosophie**, 37) vorbea despre noţiuni din aceeaşi specie ca fundament al comparabilităţii (*Artbegriffe derselben Gattung*). *Noţiunea* se deosebeşte de *tipul-juridic*. Prima este precizată de un anumit număr de caracteristici. Al doilea nu cunoaşte un număr limitat de caracteristici constitutive, ci doar o pluralitate de caractere "tipice", care de altminteri nu trebuie să existe totdeauna. *Sandrock* propune ca exemple de *tipuri juridice* munca în stare să producă prejudicii, comerciantul diligent, societatea tipică sau ne-tipică, etc.

[142] Importanţa problemei *tipului juridic* sau a *tipologiei* pentru teoria juridică, pentru *Methodenlehre* şi pentru filozofia dreptului este certă. Ştiinţa juridică germană le-a acordat acestor probleme o importanţă ce depăşeşte cu mult atenţia acordată de juriştii celorlalte ţări. A se vedea, de exemplu, *Arthur Kaufmann*, **Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur "Lehre vom Typus"** (Karlsruhe 1963); *Larenz*, 149 şi urm., 412 şi urm. Pentru o privire de ansamblu *Detlef Leenen*, **Typus und Rechtsfindung** (Berlin 1971).

[143] Aceasta dovedeşte că problema le-a rămas, în general, străină altor comparatişti cărora, dacă nu sunt filozofi ai dreptului, le vine greu să o înţeleagă. A se vedea, de exemplu, *E. di Carlo*, 127. Pentru problema aceasta a se vedea în general pătrunzătorul studiu al lui *Eisenmann*, **Quelques problèmes de méthodologie des définitions et de classifications en science juridique**, Archives de philosophie du droit 11 (1966) 25 şi urm.

literatura germană[144], *Sandrock* împarte noţiunile şi tipurile juridice în două categorii. Prima cuprinde "noţiuni şi tipuri juridice abstracte şi ideale" ce se află deasupra tuturor ordinilor juridice. A doua categorie cuprinde "noţiuni şi tipuri juridice concrete", ce fac parte din ordinile juridice. În ceea ce priveşte elementele primei categorii, *Sandrock* este de părere că, dacă vrem să comparăm dreptul vânzării - considerat de el ca noţiune juridică - al ţărilor occidentale, nu trebuie plecat, de exemplu, de la noţiunea germană a dreptului de vânzare. În acest caz trebuie să făurim o noţiune de contract de vânzare care să plutească pe deasupra tuturor ordinilor juridice ale ţărilor occidentale, care este "purificată" de caracteristicile naţionale şi nu conţine decât caracteristicile comune cele mai importante[145]. Dacă vrem să comparăm *comerciantul diligent*, considerat de autor ca tip juridic, în diverse ordini juridice trebuie desprins acest tip, ca noţiune abstractă, planând deasupra ordinilor juridice avute în vedere[146]. *Sandrock* este de părere că elaborarea unor asemenea noţiuni şi tipuri supranaţionale este necesară, dar constată imediat - pe bună dreptate - că aceste tipuri n-au nici o valoare euristică[147]. Aportul comparării este de asemenea foarte limitat atunci când e vorba de a preciza noţiuni juridice naţionale[148]. Compararea este utilă atunci când e vorba de a supune şi de a compara un fenomen juridic unei noţiuni juridice prestabilite[149].

În ansamblu rezultatele la care ajunge *Sandrock* sunt juste. Totuşi, punctul său de plecare în ceea ce priveşte "noţiunile şi tipurile juridice supranaţionale" pare contestabil. În dreptul comparat această problemă a fost influenţată, cu siguranţă, chiar dacă în mod inconştient, de conceptele dreptului internaţional privat care au devenit în filozofia juridică "tipuri ideale". Dacă aceste concepte au o importanţă sigură şi o funcţie precisă în dreptul internaţional privat, nu vedem în ce măsură, cantitativă şi calitativă, se poate vorbi în dreptul comparat de "tipuri

---

[144] Conform punctului de vedere pe care îl susţin, acest lucru este inexact din punct de vedere metodologic. În realitate, este vorba de a stabili schema comparativă (a se vedea **supra**, Nr. 45). De aceea nu trebuie să vorbim de "o noţiune de contract de vânzare planând deasupra tuturor ţărilor din Europa occidentală", ci de schema comparativă.

[145] *Sandrock*, 58.

[146] *Sandrock*, 65.

[147] *Sandrock*, 58 şi 65. Observaţia este valabilă şi pentru sistemele "de clasificare categoriale" (63). Această afirmaţie i-a atras critica lui *Zweigert-Kötz*, I, 44 şi **Livre du Centenaire**, II, 293.

[148] *Sandrock*, 58 şi urm.

[149] *Sandrock*, 60 şi urm. Afirmaţia este exactă şi confirmată de numeroase cercetări comparative. Aceasta precum şi compararea între tipurile de ordini juridice naţionale (*Sandrock*, 65 şi urm.) aparţin, după părerea noastră, funcţiei de orientare şi de control a comparării. A se vedea **infra**, Nr. 122.

ideale", în ce categorii acestea trebuie grupate şi care este valoarea practică pe care ele o pot avea. Promotorii teoriei "tipurilor ideale" în dreptul comparat nu pot da răspunsuri mulţumitoare nici uneia din aceste întrebări.

De altfel, teoria aceasta constituie în dreptul comparat mai curând un regres dat fiind că ea se bazează, în chip implicit, pe concepţia unei arhetipologii universale[150] ce a fost caracteristică pentru începuturile dreptului comparat, care credea că instituţiile juridice asemănătoare nu erau decât variante[151] ale unui tip ideal şi general, plutind deasupra ordinilor juridice.

În sfârşit, teoria noţiunilor, tipurilor şi sistemelor ideale poate constitui o mare sursă de erori în dreptul comparat. Este suficient să ne gândim la noţiunea de contract care, din punct de vedere formal, este comună tuturor ordinilor juridice, dar care variază profund prin conţinutul şi prin funcţiile sale. Contractul posedă în Sistemul *socialist* o cu totul altă funcţie decât contractele Sistemului european. În ipoteza aceasta, constituţia economică în calitate de element determinant este cea care înlesneşte înţelegerea lucrului dat. Unitatea formelor nu trebuie să-l ducă pe comparatist până acolo încât el să creadă într-o comunitate a substanţei şi a funcţiilor.

De altfel, drumul pe care a pornit autorul, precum şi cei ce l-au precedat sau cei care vor să-l urmeze pe această cale, începe cu erori metodologice. Într-adevăr, aceste noţiuni şi "tipuri juridice abstracte" nu constituie punctul de plecare al comparării, ci rezultatul său. Aplicarea metodei comparative începe prin compararea termenilor de comparat concreţi[152], în ordini juridice concrete, şi nicidecum prin compararea unui termen de comparat în mai multe ordini juridice cu un termen de comparat abstract[153]. Contractul de vânzare, considerat de autor ca o noţiune juridică, sau comerciantul diligent, considerat de el ca tip juridic, reprezintă în realitate termeni de comparat. Elementele comune nu pot fi desprinse decât după compararea termenilor de comparat. Ceea ce vrea să spună că nu se elaborează "noţiuni juridice abstracte", ci se desprind, pur şi simplu, *elementele comune* pe care termenii de comparat concreţi le posedă în mai multe ordini juridice. Elementele comune nu constituie "noţiuni abstracte"; ele reprezintă un fel de *numitor comun*, instituţional sau funcţional, mai multor ordini juridice. Nu trebuie însă uitat că acestui numitor trebuie să i se adauge calităţile

---

[150] A se vedea **supra**, Nr. 18.

[151] A se vedea **supra**, Nr. 19.

[152] În acest sens şi pe bună dreptate *Rozmaryn*, 70.

[153] Pentru unii comparatişti aceasta constituie numitul *tertium comparationis*.

diferenţiale[154], pe care termenii de comparat le posedă în fiecare ordine juridică şi care sunt, sau pot să fie, pentru termenul de comparat, tot atât de caracteristice şi de importante ca elementele comune. Numitorul comun, mai ales atunci când e mai important decât calităţile diferenţiale, poate sluji mai multe scopuri decât îşi propune comparatistul. Astfel el poate sluji ca bază pentru o lucrare de unificare. El poate de asemenea sluji pentru desprinderea unor noţiuni şi "tipuri juridice abstracte", plutind în spaţiu şi timp. Atâta doar că trebuie să ne întrebăm care este valoarea teoretică şi practică a acestor noţiuni, dacă nu vrem să revenim la un fel de "drept ideal relativ" sau la *Begriffsjurisprudenz*.

c) Uneori poate fi util să se grupeze diversele soluţii date unei probleme juridice în tipuri de soluţii. Astfel, când s-a elaborat proiectul *International Encyclopedia of Comparative Law* a fost necesar să se facă apel la "tipuri de soluţii" reprezentative pentru anumite ordini juridice spre a se putea rezolva problema prezentării[155]. Reducerea mai multor soluţii foarte înrudite la un tip de soluţie reprezintă o metodă de lucru necesară: de pildă atunci când compararea acoperă un mare număr de ordini juridice. "Tipurile de soluţii" dau o imagine globală a unei soluţii, mai mult sau mai puţin comună mai multor ordini juridice. Dar ea nu trebuie niciodată să înlocuiască o comparare sistematică atunci când vrem să cunoaştem soluţia unei ordini de drept precise[156].

119. Elaborarea unei ştiinţe juridice universale comparative

Plecând de la aluziile şi scurtele afirmaţii făcute în mai multe rânduri[157], profesorul *Zweigert* a dedicat în ultimul timp mai multe pagini[158] explicării concepţiei sale potrivit căreia prin micro-comparare

---

[154] Punctul de vedere susţinut de *Rozmaryn* (71), potrivit căruia doar elementele comune sunt importante, este inexact. Elemente diferenţiale pot fi atât de impotante încât, în ciuda elementelor comune, ele fac imposibilă unificarea juridică proiectată. Afirmaţiile sale sunt prea generale ca să sesizeze problema. Pentru a putea decide în ce măsură elementele comune şi diferenţiale sunt importante, trebuie mai întâi precizat dacă este vorba de elemente determinante sau fungibile. Apoi trebuie examinată valoarea şi ponderea elementelor comune şi diferenţiale faţă de scopul urmărit de comparare. A se vedea de asemenea *Carbonnier*, 80 şi urm.

[155] *Drobnig*, **Methodenfragen**, 222 şi urm. Pentru criteriile alegerii privind cercetarea, a se vedea şi *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 594.

[156] *Drobnig*, **Methodenfragen**, 227.

[157] A se vedea **supra**, Nr. 118, nota 109.

[158] *Zweigert*, **Méthodologie du droit comparé**, 593 şi urm.; *Zweigert-Kötz*, I, 44 şi urm. Aceeaşi argumentare precum şi mai multe pasaje din aceste două publicaţii au fost reluate în articolul lui *Caemmerer* şi *Zweigert*, **Livre du Centenaire**, II, 291 şi urm. În continuare va fi citat doar acest din urmă articol.

se poate şi trebuie să se întemeieze o *Ştiinţă juridică universală comparativă*[159].

Zweigert îi încredinţează sarcina de a elabora o *Ştiinţă juridică universală comparativă* dreptului civil ce ar ieşi astfel din cadrul său naţional, din "teoriile şi dogmele foarte mult elaborate, aparent netransmisibile şi non-comparabile în particularitatea lor"[160], pentru "a deveni obiectul, cum a fost în cele din urmă cazul pe vremea dreptului natural, de cercetare internaţională extinsă"[161]... Punctul de plecare al acestei teorii se află în concepţia despre drept, avută în vedere în aspectul său funcţional, "ca reglementare a situaţiilor sociale". Autorul îşi bazează raţionamentul pe ideea că "problemele juridice sunt identice în toate ţările[162]; pentru fiecare sistem juridic din lume se pot pune aceleaşi probleme şi se pot folosi aceleaşi etaloane, *şi aceasta chiar şi atunci când e vorba de ţări în care formele societăţii sunt deosebite* [163], sau care se găsesc pe o treaptă diferită de evoluţie"[164]... Pentru dreptul comparat, consecinţa este că el trebuie să se ocupe de funcţiile şi nu de structura dogmatică a instituţiilor juridice.

O nouă sistematizare juridică poate fi elaborată, prin dreptul comparat, aducând dreptul, instituţiile şi soluţiile sale juridice la funcţiile sale sociale. Această sistematizare este un instrument al *Ştiinţei juridice universale comparative*, ce va regrupa diversele soluţii juridice propuse de ordinile de drept naţionale pentru aceleaşi probleme juridice în tipuri de soluţii încadrate dedesubtul unor concepte juridice supranaţionale[165]. Aceste concepte juridice, supranaţionale şi abstracte, ar fi desprinse prin comparare şi ar corespunde unor nevoi sociale, totdeauna aceleaşi.

---

[159] "Ştiinţă juridică universală" (291); "Ştiinţă juridică universală comparativă" (292).

[160] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 291. Nu se înţelege de ce aceste teorii şi dogme ale dreptului civil erau înainte "în aparenţă netransmisibile şi non-comparabile în particularităţile lor". Instituţiile, principiile şi regulile dreptului civil precum şi teoriile respective au fost întotdeauna comparabile. Ele au fost obiectul prin excelenţă al osmozei ştiinţifice, iar cea mai mare parte a ştiinţelor juridice naţionale au fost îmbogăţite de răspândirea teoriilor elaborate pe baza dreptului roman, a Codului civil francez şi a Ştiinţei Pandectelor. Dacă un timp compararea nu a avut loc, aceasta nu s-a întâmplat din cauza non-comparabilităţii, ci fiindcă juriştii naţionali, închişi în ordinea lor juridică, nu cunoşteau limba şi dreptul celorlalte popoare.

[161] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 292.

[162] Puţin mai înainte (290) autorii vorbiseră de "ordini juridice întemeiate pe aceleaşi condiţii economice şi sociale".

[163] Sublinierea ne aparţine.

[164] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 293.

[165] Într-o largă măsură, teoria aceasta constituie transpunerea în dreptul comparat a teoriei "calificării autonome" pe care *Rabel* (**Das Problem der Qualifikation**, RabelsZ 5, 1931, 241 şi urm., 282 = **Gesammelte Aufsätze**, II, 189 şi urm., 234) a propus-o în dreptul internaţional privat.

Aceste concepte abstracte ar permite elaborarea unui "sistem juridic supranaţional"[166]. Valoarea unei asemenea ştiinţe juridice ar fi de a le oferi juriştilor o gamă mai largă de soluţii pentru o aceeaşi problemă juridică, cunoştinţe noi, metode noi de a pune problemele, de a gândi şi a lărgi astfel orizontul lor ştiinţific. Conceput ca o metodă de cunoaştere, şi nu ca un instrument de rezolvare a problemelor concrete, dreptul comparat ar explica rolul eminent al acestei *Ştiinţe juridice universale*[167]. Această Ştiinţă juridică nouă ar fi un vehicul de legătură între juriştii diferitelor ţări, "legătură ce trebuie să fie scutită de neînţelegeri provenite din prejudecăţi, din deosebiri de terminologie a diverselor sisteme juridice"[168]. Această *Ştiinţă juridică universală comparativă*, orientată mai întâi spre cunoaştere şi aşezându-se pe o bază mai întinsă decât planul pur naţional, are nevoie de aceste instrumente pentru a ordona şi dobândi cunoaşterea "categoriilor de drept comparat pur"[169]. *Zweigert* este de părere că "pe o scară tot mai mare, practica dreptului - naţional precum şi internaţional - necesită principii juridice şi posibilităţi de soluţii, de decizii şi de clarificări asupra unor anumite probleme ce nu mai pot fi extrase doar din sistemele juridice naţionale"[170], fie în domeniul dreptului internaţional privat, pentru articolul 38 I c al statutului Curţii internaţionale sau pentru articolul 215 al Tratatului C.E.E.

Teoria aceasta pleacă de la postulatul că problemele juridice sunt identice deoarece nevoile sociale sunt pretutindeni aceleaşi, deci independente de structura socială. Idee contestabilă din mai multe motive.

Bineînţeles, există nevoi sociale fundamentale care sunt aceleaşi în toate societăţile. Aceste nevoi fundamentale constituie adevărate *constante* pe care le regăsim în toate societăţile[171]. Ele sunt astfel în măsura în care *constantele* derivă din natura umană, din dimensiunile sociale ale naturii umane, precum şi din *anumite* structuri fundamentale, proprii oricărei societăţi. Totuşi, în afara acestor nevoi sociale *constante*, care în ceea ce le priveşte sunt pretutindeni aceleaşi, există, în funcţie de felul societăţilor, nevoi sociale *specifice*, deci diferite în raport cu societăţile. Nevoile sociale ale unei societăţi cu structură post-

---

[166] *Drobnig*, RabelsZ 33 (1969) 380.

[167] O încercare parţială în acest sens, şi limitată la teoria erorii în dreptul contractual german şi englez a fost făcută de *Dietrich Rothoeft*, **System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleischung** (Tübingen 1968). Complexă şi speculativă, contribuţia aceasta la teoria metodei comparative nu a convins. A se vedea critica lui *Ernst Kramer*, 11.

[168] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 293.

[169] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 293.

[170] *Caemmerer* şi *Zweigert*, 293.

[171] Cum s-a observat deja (**supra** Nr. 81, 103), un studiu serios (făcut, de exemplu, de sociologii dreptului) asupra acestei probleme ar aduce mari servicii.

industrială diferă de nevoile sociale ale unei societăţi agrare; nevoile sociale ale unei societăţi tribale nu sunt aceleaşi cu cele ale unei societăţi tehnologice, dacă lăsăm de o parte nevoile sociale *constante*. Într-adevăr, nevoile sociale ale laponilor diferă de nevoile sociale ale Marii Britanii de pe vremea reginei Victoria; nevoile societăţilor beduinilor diferă de nevoile sociale ale Americii industriale, nevoile sociale ale Paraguaiului actual diferă de cele ale Suediei moderne, la fel ca nevoile Mauritaniei de cele ale Japoniei. Deci nu e cu putinţă să se reducă, pentru toate societăţile şi pentru toate popoarele, nevoile sociale la aceiaşi numitori comuni şi să se afirme că nevoile sociale sunt pretutindeni aceleaşi. E contrariul a ceea ce este adevărat, anume că nevoile sociale variază în funcţie de structura societăţii. Dar dacă nevoile sociale diferă, problemele juridice pe care ele le pun sunt departe de a fi identice. Aceasta înseamnă că nu se poate reduce dreptul *tuturor popoarelor* la aceleaşi probleme juridice. Dar dacă această observaţie este exactă, ea distruge pretinsa unitate funcţională a Ştiinţei universale, fundamentată pe concepte juridice generale şi abstracte, grupând soluţiile juridice, date de diversele ordini de drept, aceloraşi probleme juridice, expresie a aceloraşi nevoi sociale.

Teoria expusă postulează, deşi în mod implicit, ideea că fundamentul şi sursa oricărei probleme juridice se află în nevoile sociale, că între nevoile sociale şi problemele juridice ar exista un raport aproape ca de la cauză la efect[172]. O relaţie între cei doi factori există, dar nefiind unică, relaţia aceasta nu e absolută. Într-adevăr, istoria dreptului, în trecut, şi dreptul comparat, în prezent, ne pun la îndemână exemple[173] care ilustrează faptul că sursa anumitor reguli de drept se poate găsi şi în concepţia puterii. Într-adevăr, puterea constituie filtrul prin intermediul căruia nevoile sociale se exprimă pe planul normelor juridice, dar şi filtrul care, înainte de a le interpreta şi de a căuta regulile ce trebuie să-i convină, cântăreşte valoarea nevoilor sociale, le acceptă sau le respinge. Ea îi poate încredinţa dreptului funcţii diferite. Astfel puterea poate fi un filtru ce modifică raportul dintre nevoia socială şi regula de drept, dintre dreptul social şi funcţiile sale, în măsura în care ea poate crea nevoi sociale acolo unde ele nu există sau, prin natura soluţiei juridice propuse, ea neagă, de fapt, nevoile sociale. Aceasta depinde de însăşi natura puterii: cu cât puterea este mai democrată, cu atât există mai multe şanse ca regula de drept să rezulte din nevoile sociale; cu cât puterea se apropie de extreme, cu atât mai mult e

---

[172] Norma juridică este produsul unui ansamblu de factori şi nu al unei cauze unice.

[173] De altfel, e posibil ca în unele sisteme juridice, aceleaşi nevoi sociale să fie rezolvate prin soluţii de fapt, religioase, morale sau, în orice caz, prin soluţii nonjuridice. În acest sens de asemenea *Gessner*, 263.

posibil ca ea să substituie propria sa concepţie despre drept şi despre structura socială raportului real dintre nevoia socială şi regula de drept. Dacă ţările *socialiste* nu cunosc nici dreptul la grevă, nici proprietatea asupra mijloacelor de producţie ale unui atelier meşteşugăresc, de exemplu, aceasta nu se datorează faptului că nevoile sociale corespondente lipsesc, ci faptului că puterea le neagă. Pe de o parte, sistemul respectiv consideră ca de neconceput dreptul la grevă după luarea puterii de către muncitori; pe de alta, el a *hotărât* ca proprietatea asupra bunurilor de producţie să fie retrasă din sfera proprietăţii private, conform teoriei oficiale. Nu sunt aici decât două exemple, pentru a arăta că sursa unei reguli juridice nu se află totdeauna şi numai în nevoile sociale; că ea se poate găsi în concepţia puterii ce modelează societatea şi chiar nevoile sale, în funcţie de datele unei concepţii sau teorii oficiale. Prin însăşi aceasta se infirmă ideea că sursa oricărei probleme juridice se află în nevoile sociale, că între acestea şi problemele juridice există un raport direct şi care ignoră rolul jucat de putere în recunoaşterea juridică, în negarea sau în crearea nevoilor sociale. E aici un al doilea motiv ca să ne îndoim de concepţia întemeiată în mod absolut pe raportul direct şi necesar dintre nevoile sociale şi problemele juridice.

Astfel, însăşi baza acestei teorii este clătinată. Căci, sau ea abandonează concepţia potrivit căreia nevoile sociale sunt aceleaşi pretutindeni şi acceptă diversitatea nevoilor sociale şi a problemelor juridice. Atunci, pentru a încadra realitatea socială, ea riscă să piardă comunitatea problemelor juridice ce-i slujeşte drept fundament. Sau, altfel, ea păstrează, contra evidenţei, ideea unităţii nevoilor sociale, dar atunci le concepe de o manieră atât de generală încât conceptele supranaţionale şi abstracte corelative îşi pierd valoarea ştiinţifică, întrucât ele sunt prea îndepărtate de realitatea reglementării naţionale. Riscul unor asemenea concepte abstracte este totdeauna de a nu încadra realitatea juridică şi, în numele câtorva elemente comune, de a ignora sau de a trata simplist *differentia specifica* ce caracterizează soluţiile fiecărei ordini juridice[174].

De altfel, trebuie să ne întrebăm dacă în această a doua ipoteză teoria nu reprezintă o întoarcere la iluzia, moştenire a etnologiei juridice, ce credea în existenţa unei arhetipologii universale. Singura

[174] A se vedea **supra**, Nr. 118, c, *β*. A se vedea de asemenea criticile pe care *Mayda* (RIDC 22, 1970, 76) le adresează *Enciclopediei*. Nici chiar marile clasificări nu sunt aceleaşi în toate Sistemele juridice (a se vedea **supra**, Nr. 22). În ceea ce priveşte critica adresată *Enciclopediei* datorită faptului că a adoptat marile clasificări, ordonanţele şi macro-conceptele anglo-saxone şi mai ales americane, a se vedea *Niceto Alcalà-Zamora y Castillo*, 767. Aceasta duce la uniformizarea unor instituţii pentru a putea fi făcute să intre în tiparele juridice predeterminate, ce nu le convin şi care pot să le dea o falsă imagine.

diferenţă ar consta în faptul că arhetipologia instituţională ar fi înlocuită aici de o arhetipologie funcţională. Dar înainte de a vrea să se clădească pe baza ei o nouă ştiinţă va trebui să se demonstreze existenţa acestei arhetipologii universale şi a problemelor juridice, deoarece până în prezent micro-compararea tocmai că a infirmat ideea de arhetipuri[175].

Dar, presupunând că ea reuşeşte să elaboreze conceptele pe care le postulează, izbutind să le încadreze în realitatea juridică, această nouă Ştiinţă nu va fi universală. Pentru a satisface aspiraţia aceasta ea ar trebui să fie completă din punct de vedere juridic şi universală din punct de vedere geografic. Dar, în realitate, ea nu îndeplineşte nici una din aceste două condiţii. Pe de o parte, ea nu acoperă întreg dreptul. Dintre diversele categorii ale dreptului, Ştiinţa aceasta se mulţumeşte să se bazeze *îndeosebi* pe noţiuni, concepte şi instituţii juridice de drept civil. Nevoile sociale satisfăcute de instituţii, de noţiuni, şi de reguli ale mai multor ramuri juridice rămân în afara ei.

Al doilea motiv priveşte aplicarea dreptului civil în lume şi, prin aceasta însăşi, posibilitatea noii Ştiinţe de a fi universală din punct de vedere geografic. Dreptul civil reglementează raporturile unei anumite forme de societate, care, în Occident, începe să se dezvolte începând cu romanii, pentru a-şi atinge culmea în societatea liberală ce se măreşte şi se lărgeşte odată cu secolul al XIX-lea. Dar acest tip de societate şi dreptul civil sunt departe de a avea o existenţă universală, chiar la ora actuală. Chiar dacă cea mai mare parte a celor peste 130 de state existente acum posedă Coduri civile ar fi exagerat să credem că raporturile majorităţii popoarelor respective, din China până în Groenlanda şi din Indonezia până în Africa Ecuatorială, trăiesc sub imperiul regulilor de drept civil, aşa cum le înţelegem noi. O distanţă există nu numai între dreptul civil al ţărilor *burgheze* şi cel al ţărilor *socialiste* în ceea ce priveşte dominaţia regulilor de drept civil asupra vieţii sociale. În alte ţări distanţa aceasta este cu mult mai mare în interiorul aceleiaşi ordini juridice, între un strat, redus, al populaţiei şi o majoritate pentru care regulile Codului civil nu au decât o semnificaţie simbolică. Bazând *Ştiinţa juridică universală comparată* îndeosebi pe conceptele deduse din compararea făcută în domeniul dreptului civil, expresie a problemelor juridice puse de nevoile sociale corespunzătoare, riscăm să dăm o imagine teoretică, abstractă şi parţială, în raport cu dreptul aplicat în mod real în lume. Căci din punct de vedere cantitativ, dreptul civil nu este reprezentativ pentru dreptul aplicat în mod real în lume. În consecinţă, o Ştiinţă juridică întemeiată pe noţiunile, concepţiile şi instituţiile sale juridice nu este universală. Pentru a avea această calitate, ea trebuie să înceapă prin a îndeplini condiţiile indicate.

---

[175] A se vedea **supra**, Nr. 19.

Pe de altă parte, nu trebuie subestimat faptul că această *Ştiinţă juridică universală* riscă să nu poată da o imagine clară a dreptului aplicat în lume. Într-adevăr, această Ştiinţă îşi propune să dea o astfel de imagine grupând soluţiile prin care diversele ordini de drept rezolvă problemele juridice puse, de aceleaşi nevoi sociale, în tipuri de soluţii încadrate în concepte supranaţionale. Tipurile de soluţii, ca şi conceptele supranaţionale, ar fi obţinute prin aplicarea metodei comparative. Totodată, posibilităţile unei Ştiinţe juridice, bazate pe micro-comparare, de a da o imagine exactă a dreptului în lume sunt reduse. La scara microscopică de analiză pe care o constituie micro-compararea, celulele juridice oferă o specificitate neînsemnată[176], cea mai mare parte a celulelor juridice având structuri foarte apropiate între ele. Diferenţele desprinse prin micro-comparare sunt mai ales de natură tehnică, fără prea mare importanţă revelatoare. Desigur, această Ştiinţă ar permite să se ordoneze şi să se claseze într-un anume fel rezultatele dobândite cu ajutorul micro-comparării. Teoria generală a dreptului pe bază comparativă, şi îndeosebi elaborarea unei părţi comparative[177] de către fiecare disciplină, pot de asemenea să ducă la o anumită clasificare şi să ordoneze rezultatele furnizate de micro-comparare.

În *Ştiinţa juridică universală comparativă* clasificarea diverselor tipuri de soluţii s-ar face pe baza conceptelor supranaţionale şi abstracte, elaborate plecând de la funcţiile dreptului în raport cu nevoile sociale. Cu alte cuvinte, s-ar proceda la un fel de clasificare echivalentă celei care în zoologie ar grupa diversele forme de organe, pe baza marilor funcţii vitale: funcţia de respiraţie, de circulaţie, de digestie, de reproducere, nervoasă, etc. O asemenea clasificare ar putea să ne informeze asupra diverselor forme pe care le pot lua organele ca să satisfacă aceleaşi funcţii, dar ele nu vor putea să ne facă să cunoaştem caracteristicile fundamentale ale animalelor respective. La fel şi în drept, caracteristicile fundamentale ale ordinilor juridice se află mai puţin în soluţii, deci în modul în care ele rezolvă diverse probleme juridice şi funcţii sociale, decât în anumite elemente fundamentale care au tocmai calitatea de a le caracteriza: elementele determinante[178]. După cum s-a explicat până

---

[176] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 81, 86 şi urm.

[177] În fond, această nouă Ştiinţă propusă este mai curând partea comparativă a dreptului civil, şi a câtorva alte ramuri, clasificate după criteriul tipologiei soluţiilor. Dacă este aşa, suntem de acord, cum rezultă din expunerea făcută la Nr. 117.

[178] În sensul clasificării ordinilor juridice realizate de *R. David*, care este cea rezumată de *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 86 şi urm.

acum, elementele fungibile[179], oricât de numeroase şi de diferite ar fi, nu pot oferi criteriile tipologice pentru a grupa ordinile juridice şi a da astfel o imagine pe scurt a ordinilor de drept ale lumii. Plasându-se la nivelul celular[180], *Ştiinţa juridică universală comparativă* poate informa asupra modului în care soluţiile diverselor ordini juridice rezolvă diverse probleme juridice. În acest scop, această Ştiinţă propune o infinitate de secţiuni orizontale, grupând principalele soluţii, date principalelor probleme juridice. Ca atare, ea va informa asupra organelor şi funcţiilor tuturor ordinilor juridice, însă nu asupra ordinilor juridice însele, nici asupra caracteristicilor lor. Nu mai poţi şti care sunt caracteristicile animalului dacă îl desfiinţezi ca element unitar, pentru a nu vedea în el decât suma funcţiilor pe care organele trebuie să le satisfacă. Şi în acest caz, de asemenea, sunt desfiinţate ordinile juridice ca ansambluri pentru a nu vedea decât suma problemelor juridice puse de nevoile sociale. O astfel de Ştiinţă nu va putea niciodată să dea o imagine sintetică, însă revelatoare şi exactă, a structurilor fundamentale ale ordinilor juridice în cadrul Sistemelor juridice şi ale Sistemelor juridice în lume, aşa cum o face criteriul elementelor determinante.

În sfârşit, diversele avantaje care, conform acestor autori, ar constitui valoarea noii Ştiinţe nu sunt de dată recentă. Avantajele sale sunt exact cele care din totdeauna i-au fost recunoscute dreptului comparat şi care au subliniat meritele metodei comparative[181]. Aceasta permite tocmai desprinderea unor noi cunoştinţe, scoaterea la lumină a metodelor noi de a gândi şi pune problema juridică. Ea le arată juriştilor cum se ajunge pe alte căi la soluţii echivalente, lărgind astfel orizontul lor ştiinţific. Toate aceste avantaje şi multe altele[182] i-au fost totdeauna şi pretutindeni recunoscute metodei comparative. Ce ar putea oferi ca nou Ştiinţa aceasta ar fi posibilitatea de a folosi rezultatul micro-comparării grupând soluţiile-tip sub diverse concepte generale. Dacă ea reuşeşte, ar putea propune o grupare echivalentă celei ce se poate realiza în partea comparativă a fiecărei discipline juridice, sau în cadrul teoriei generale a dreptului. Nefiind nici completă, nici universală, această Ştiinţă nu va trebui să se intituleze *Ştiinţa juridică comparativă universală*, ci *Tipologia comparativă a soluţiilor în dreptul civil*.

---

[179] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 86 şi urm.

[180] În ceea ce priveşte dificultăţile de a face să reiasă asemănările şi diferenţele fundamentale, atunci când *Enciclopedia* nu ţine seamă de Sistemele juridice, procedând la micro-comparări ale diverselor instituţii juridice, a se vedea observaţiile foarte pertinente ale lui *Niceto Alcalà-Zamora y Castillo*, 769.

[181] A se vedea **supra**, Nr. 111, 112.

[182] Scopul acestei cărţi este tocmai de a le indica.

120. Dreptul comparat ca instrument de educare şi de formare juridică[183]

S-a subliniat adesea importanţa capitală a cunoaşterii ordinilor juridice străine şi a dreptului comparat pentru cultura juridică generală şi pentru formarea juriştilor. Numeroşi comparatişti au insistat asupra faptului că nu se poate avea o adevărată cultură juridică bazată doar pe cunoaşterea unei singure ordini de drept[184]. În vremea noastră, iată o evidenţă de prima mână.

Dacă ştiinţele juridice naţionale acceptă să se integreze în mişcarea copernicianã ce caracterizează lumea modernă[185], atunci ele trebuie să admită că în general cunoaşterea lumii juridice contemporane are, pentru formarea juriştilor, o importanţă superioară cunoaşterii istoriei ordinilor juridice naţionale[186], şi că Ştiinţa dreptului comparat şi metoda comparativă sunt cele mai bune instrumente pentru a ajunge la cunoaşterea indispensabilă a lumii juridice actuale. Desigur, nu e vorba de a elimina pur şi simplu sau de a înlocui cunoaşterea dreptului în timp, ci de a o completa printr-o largă cunoaştere[187] în spaţiu, ceea ce în prezent lipseşte cu desăvârşire. Numai în acest mod juriştii pot lua cunoştinţă şi pot căpăta conştiinţa lumii juridice în care ei înşişi precum

---

[183] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 58.

[184] Lista comparatiştilor care s-au exprimat în acest sens este prea lungă pentru a o reproduce aici. A se vedea de exemplu: *Lambert*, **La Fonction**, 45 şi urm.; *Gutteridge*, 176 şi urm.; *David*, RIDC 1 (1949) 488 şi urm.; *acelaşi*, **Le droit comparé**, RIDC 2 (1950) 682 şi urm.; *acelaşi*, **La place actuelle du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche, Livre du Centenaire**, I, 51 şi urm.; *Ascarelli*, 43; *Hamson*, RIDC 2 (1950) 672; *Zweigert*, **Des solutions identiques**, 16 şi urm.; *J. Mayda*, **A critical look at "comparative Law" teaching in the United States**, JoLE XVII (1964) 193 şi urm.; *Yntema*, MichLR 54 (1956) 193 şi urm.; *acelaşi*, **Comparative Legal Studies and the Mission of the American Law School**, LouisianaLR 17 (1957) 538 şi urm.; *Hazard*, **Comparative Law in Legal Education**, UoCLR 17 (1951) 264; *Ancel*, **Le droit comparé science humaniste**, RIDC 2 (1950) 27 şi urm.; *Rabel*, 22; *de Sola Cañizares*, 123; *Cappelletti*, 93; etc.

[185] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 9, 10, 20, 26.

[186] În ceea ce priveşte controversa iscată în Franţa în jurul acestui subiect, a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 10, nota 38.

[187] *Ascarelli* (43) scria: "A sfărâma barierele propriului sistem juridic (...) înseamnă a lărgi propriul orizont şi propria experienţă şi a te îmbogăţi peste tot spiritualmente...".

şi dreptul lor naţional trăiesc[188]. Importanţa acestei probleme era deja evidentă la începutul secolului când *Saleilles*[189], şi mai ales *Lambert*[190], concepeau dreptul comparat ca pe un instrument de educare juridică. De atunci, evidenţa acestei importanţe n-a făcut decât să se mărească[191]. Totuşi, atunci când este vorba să se transforme ideea în realitate, încep dificultăţile. Dreptul comparat nu-şi poate îndeplini funcţia sa de factor de educaţie juridică dacă rămâne apanajul unui cerc restrâns de iniţiaţi. Singura soluţie posibilă constă în a face obligatorie în facultăţile de drept predarea dreptului comparat. Un pas decisiv în acest domeniu nu a fost făcut în Franţa, care rămâne în fruntea acestei evoluţii, decât în 1955, când cursurile de iniţiere în dreptul comparat, deşi fiind doar materii opţionale pentru studenţi, au devenit obligatorii în toate facultăţile de drept. Pe bună dreptate *David*[192] precizează: "Situaţia astfel creată este caracteristică ţării noastre, şi conţine promisiunea unei dezvoltări considerabile a studiilor de drept comparat în viitor. Progresul astfel realizat rămâne totuşi încă insuficient: cursul în chestiune va trebui să devină obligatoriu pentru toţi studenţii". Dimpotrivă, în Germania, "o reformă ducând în mod necesar la haos" măreşte pericolul ca toate cursurile de drept internaţional şi de drept comparat să treacă din ce în ce mai mult pe un plan secundar al studiilor universitare. Astfel se profilează evoluţia ce va duce formarea juriştilor germani "către provincialism"; "juriştii germani sunt ameninţaţi de pericolul de a fi eclipsaţi fără speranţă de colegii lor străini"[193]. Astfel se confirmă punctul de vedere pe care deja l-am expus[194] cu privire la necesitatea de a organiza altfel studiile de drept comparat.

---

[188] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, pagina XXIII şi Nr. 26.

[189] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59.

[190] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 58.

[191] Pentru iniţiativele luate de Unesco şi de Consiliul Europei a se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 64, nota 193.

[192] *David*, **La place actuelle du droit comparé**, 61.

[193] *Ferid*, I, 3; *R. Bernhardt*, **Vom Provinzialismus deutscher Juristenausbildung**, JZ 1971, 581 şi urm. Pentru Anglia: *E. J. Cohn*, **Rechtsvergleichung im englischen Rechtsunterricht**, JZ 1971, 726. A se vedea şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 64.

[194] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 64. A se vedea şi *Cappelletti*, 101 şi urm.

121. Funcţia dreptului comparat ca instrument pentru o mai bună cunoaştere şi apropiere a popoarelor, de cooperare internaţională şi de pace

Este sigur că o proastă cunoaştere mutuală a popoarelor şi a legilor lor respective explică, într-o oarecare măsură, dezacordurile şi neînţelegerea internaţională. Atunci când monadele naţionale trăiau mai mult sau mai puţin izolate, nevoia unei mai bune cunoaşteri reciproce a popoarelor nu era una din condiţiile de existenţă a societăţii internaţionale. În acest domeniu, situaţia s-a schimbat radical. A te adapta nevoilor unei lumi unificate în numeroase domenii necesită biruirea ignoranţei reciproce, condiţie prealabilă pentru o mai bună cunoaştere a popoarelor. Internaţionalizarea progresivă a ştiinţelor sociale răspunde unei mari nevoi educative, ştiinţifice şi culturale a lumii moderne[195] care, prin înţelegerea internaţională, tinde către o ordine internaţională valabilă.

În acest domeniu, dreptul comparat[196] poate îndeplini o adevărată misiune facilitând o mai bună înţelegere a popoarelor[197]. Ideea nu i-a scăpat lui *Montesquieu*[198]. De altfel, ideea de a asigura o mai bună cunoaştere mutuală a popoarelor prin ştiinţa dreptului a inspirat cea mai mare parte a Societăţilor de legislaţie comparată întemeiate în

---

[195] Cu titlu de exemplu în cadrul unei literaturi bogate: *McDougal*, **The Comparative Study for value clarification as an Instrument of Democratic World order**, Yale Law Journal 61 (1952) 915 şi urm.; *Ancel*, **Valeur actuelle des études de droit comparé (XXth Century Comparative and Conflicts Law) Legal Essays in Honour of Hessel Yntema** (Leyden 1961) 15 şi urm.; *A. Tunc*, **Comparative Law, Peace and Justice**, ibid 80 şi urm.; *Ancel*, **Le rôle de la recherche comparative dans la coopération juridique internationale**, Nederlands Tijdschrift voor International Recht 1962, 31 şi urm.; *acelaşi*, **La fonction judiciaire du droit comparé**, RIDC 1 (1949) 58 şi urm.; *David*, **L'intérêt de l'étude des droits étrangers pour la compréhension internationale**, BISS 1950, II, Nr. 1, 5 şi urm.; *F. Stone*, **The End to be served by Comparative Law**, 325; *McDougal*, 26 şi urm.; *Tabbach*, **L'enseignement du droit et la coopération internationale**, RIDC 3 (1951) 238 şi urm.; *H. Yntema*, **Le droit comparé et l'humanisme**, RIDC 10 (1958) 693 şi urm.; *R.H. Graveson*, **L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples**, RIDC 10 (1958) 501 şi urm.; *David* şi *Blagojevici*, **Droit comparé et systèmes socio-politiques**, RIDC 22 (1970) 264 şi 267; etc.

[196] *Yntema*, AJoCL 1 (1952) 12.

[197] *David* (**Traité**, 60) scrie: "Într-un mod mai general, este necesar să studiem ordinile juridice străine, dacă vrem să cunoaştem popoarele străine, şi, printr-o mai bună înţelegere, să contribuim la stabilirea, atât de necesară, a unei mai bune ordini internaţionale".

[198] *Montesquieu*: "Căutând să instruim oamenii putem practica virtutea generală ce corespunde iubirii faţă de toţi". (citat de *Niboyet*, 260).

secolul trecut. Din 1903, *Lambert*[199] credea că dreptul comparat trebuie să slujească, în general, ca mijloc de comunicare între ordinile juridice naţionale. El mai credea că prin dreptul comparat trebuia să se ajungă la formarea unei *conştiinţe juridice internaţionale*[200]. După el, *Lévy-Ullmann* a insistat mult asupra acestei funcţii. Astfel, el scria că dreptul comparat trebuie să "facă popoarele să fie de acord între ele, pentru a le face apoi să trăiască în bună înţelegere. Nimic nu contribuie mai bine la pătrunderea psihologiei unei naţiuni decât studierea limbii juridice şi a instituţiilor sale pozitive. A lucra la apropierea popoarelor, facilitând înţelegerea lor mutuală, acesta trebuie să fie astăzi obiectivul esenţial, aceasta este utilitatea fundamentală a studiilor comparative"[201].

Necesitatea aceasta este din ce în ce mai mult subliniată de comparatişti după cel de-al doilea război mondial. O ordine internaţională justă şi valabilă devine condiţia de existenţă a unei umanităţi care, datorită forţei de distrugere a mijloacelor pe care ea le-a inventat, s-a plasat în alternativa de a nimici sau de a ordona planeta. Cunoaşterea popoarelor prin dreptul lor devine un element al acestei ordini. Acest rol a fost recunoscut de UNESCO, care a pus bazele unei cooperări internaţionale între juriştii şi instituţiile ce se ocupă de dreptul comparat. În această perspectivă, unii comparatişti[202] au văzut, în dreptul comparat, un instrument de pace. Bineînţeles, condiţia esenţială pentru ca dreptul comparat să poată îndeplini acest rol constă mai întâi în buna credinţă a juriştilor care ar trebui să refuze să facă din comparare un instrument de luptă politică. Totodată, nu trebuie să ne facem iluzii asupra posibilităţilor reale ale dreptului comparat în acest domeniu: el poate contribui, prin cunoaşterea ordinilor juridice, la înţelegerea între popoare. Totuşi, la urma urmei, războaiele nu sunt decise nici de jurişti, nici de popoare, ci de guverne. Desigur, este indispensabil să se educe popoarele; însă este urgent să-i învăţăm pe guvernanţi că politica de putere, de dominare şi de egoism naţional, oricum ar fi deghizată, nu mai face parte din epoca actuală a umanităţii.

---

[199] *E. Lambert*, **La Fonction**, 9.

[200] *E. Lambert*, **Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique universelle**, Revue de l'Université de Lyon (1929).

[201] *Lévy-Ullmann*, **De l'utilité fondamentale des études comparatives**, La Revue de droit (Québec 1922-1923) 385. De altminteri, este aici una din caracteristicile concepţiei acestui mare comparatist şi umanist. A se vedea în acest sens şi *David*, **Lévy-Ullmann et le droit comparé**, 78; *Ancel*, ibid şi *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 78.

[202] A se vedea, printre altele, pledoaria călduroasă a lui*André Tunc*, **Le Juriste et la noosphère**, PCdDC, II, 493 şi urm.

Capitolul II

SCOPURILE PRACTICE ALE COMPARĂRII

122. FUNCȚIA DE CONTROL ŞI DE ORIENTARE A METODEI COMPARATIVE

Prin lărgirea orizontului juridic[1] pe care ea o realizează arătându-le juriştilor naţionali alte moduri de a concepe şi de a rezolva aceleaşi probleme juridice, compararea poate deveni unul din instrumentele cele mai eficace puse în slujba politicii legislative, jurisprudenţiale şi doctrinale. Compararea poate să aducă legiuitorului, judecătorului sau doctrinei probe că soluţiile ordinilor juridice străine sunt mai simple, mai adaptate sau mai eficace şi să exercite astfel o funcţie de informare, de orientare şi de control: o funcţie de informare privind soluţiile străine, şi, prin aceasta însăşi, de orientare, arătându-i legiuitorului naţional soluţii noi sau care prezintă calităţile căutate de el; o funcţie de control, îngăduind legiuitorului, judecătorului şi doctrinei să verifice calităţile şi defectele normei juridice naţionale, ale interpretării ei sau ale explicării ei teoretice, comparând-o cu norma, interpretarea sau explicarea respectivă din ordinea juridică străină. Aceste funcţii sunt complementare într-un dublu sens. Mai întâi, fiindcă adesea ele sunt atât de întrepătrunse în aceeaşi operaţie, încât este greu să le distingem. Apoi, fiindcă ele se află la limita funcţiilor teoretice şi practice ale comparării. Prin ele se realizează trecerea comparării din domeniul teoretic în domeniul practic.

Funcţia de informare şi de orientare este una din cele mai importante ale comparării şi probabil una din cele pe care compararea modernă le-a sesizat mai întâi. Ea l-a servit deja pe *Feuerbach* în proiectele sale legislative[2]. Ca urmare, funcţia aceasta a fost exercitată de asemenea pe planul jurisprudenţial şi doctrinal. Funcţia de control a fost subliniată recent[3]. Şi ea poate juca un rol pe triplul plan al legislaţiei, al jurisprudenţei şi al doctrinei.

---

[1] A se vedea **supra**, Nr. 113.

[2] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 34.

[3] *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode**, RabelsZ 15 (1949/50) 5 şi urm. (17 şi urm.).

a) *Funcţia de orientare şi de control a comparării în domeniul politicii legislative*[4].

Examenul comparativ al ordinilor juridice străine le permite legiuitorilor naţionali să profite de alte concepţii, reglementări şi experienţe pentru a îmbunătăţi şi reforma propriul lor drept. Într-adevăr, compararea le propune tuturor legiuitorilor şi în privinţa tuturor problemelor juridice o rezervă de construcţii şi de soluţii juridice pe care fantezia juridică cea mai prodigioasă nu o poate nici prevedea nici imagina. Avantajul soluţiilor străine desprinse prin comparare constă nu numai în varietatea şi noutatea lor, ci şi de asemenea în faptul că ele au fost verificate prin aplicarea lor practică în cadrul ordinilor juridice avute în vedere.

Internaţionalizarea progresivă a procesului economic şi juridic precum şi raţionalizarea muncii legislative au subliniat din ce în ce mai mult importanţa comparării în domeniul politicii legislative. Aceasta este o constatare ce poate fi verificată pe plan istoric şi geografic. Pe plan istoric, în sensul că, în ultimii 150 de ani, rolul comparării pentru politica legislativă[5] nu a făcut decât să se întărească. Pe plan geografic, fiindcă acest fenomen poate fi constatat în toate ţările ce nu consideră contactul cu străinătatea ca fiind ceva nefast.

Dacă legiuitorul socoteşte neîndestulătoare soluţia sau efectele unei norme juridice naţionale, compararea îi permite să verifice cum şi cu ajutorul căror soluţii ordinile de drept străine au rezolvat aceeaşi problemă juridică. Legiuitorului, compararea îi oferă astfel posibilităţi de orientare şi de control foarte utile. De aceea nu-i de mirare că reformele legislative moderne recurg din ce în ce mai mult la comparare[6]. Aproape pretutindeni, cele mai importante reforme legislative sunt precedate de cercetări comparative. Totuşi, trebuie să arătăm că

---

[4] Problema este foarte cunoscută; ea a fost de atâtea ori abordată şi dezbătută încât este inutil de a da şi cea mai mică indicaţie bibliografică sau de a proceda la o analiză amănunţită a problemei. Ne vom mulţumi cu o simplă şi scurtă reluare a ei. Procedura metodologică prin care această funcţie se realizează nu va fi nici ea examinată.

[5] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 34 şi urm.

[6] În ceea ce priveşte dreptul francez a se vedea diversele rapoarte din **Livre du Centenaire**; în ceea ce priveşte dreptul german a se vedea exemplele date de *Dölle*, **Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960** (Karlsruhe 1960) II, 22 şi urm. şi de *Caemmerer* şi *Zweigert*, **Livre du Centenaire**, II, 227 şi urm. În ceea ce priveşte celelalte ţări a se vedea rapoartele naţionale în **Livre du Centenaire**, II. În ceea ce priveşte elaborarea Codului civil austriac a se vedea *Korkisch*, RabelsZ 18 (1953) 263 şi urm.

observaţia aceasta priveşte în primul rând reformele legislative de natură tehnică. Cu cât o reformă juridică are un caracter tehnic sau se adresează unei materii tehnice, cu atât numărul ordinilor juridice comparate este mai vast. Dimpotrivă, cercul de referinţe este redus atunci când e vorba de instituţii juridice având un caracter ideologic, politic, naţional sau social. Lucru ce se explică prin faptul că a proceda la o reformă legislativă nu înseamnă a alege dintre mai multe soluţii pe aceea care, în mod abstract, pare mai bună. Soluţia străină, adoptată printr-o reformă legislativă naţională, trebuie să fie conformă cu principiile fundamentale, deci cu elementele determinante ale acestei ordini juridice şi trebuie să poată să se adapteze cu uşurinţă acesteia[7]. Altfel, ea riscă să rămână un corp străin ce va sfârşi prin a fi eliminat. Astfel, superioritatea unei soluţii juridice străine nu are nici o putere obligatorie pentru legiuitorul care nu se ocupă doar de aspectul ei juridic. Alegerea legiuitorului implică, cel mai adesea, o decizie politică[8].

b) *Funcţia de orientare şi de control a comparării în domeniul politicii jurisprudenţiale.*

Ideea că actul comparării putea să exercite o funcţie de orientare şi de control în domeniul politicii jurisprudenţiale a apărut mult mai târziu. Aceasta se explică, pe de o parte, prin concepţia, din ce în ce mai mult acceptată, potrivit căreia jurisprudenţa constituie un izvor *sui generis*, dar foarte important, al dreptului naţional, ce face dificil de acceptat ideea că judecătorul naţional poate să recurgă la comparare sau să ia în considerare alte soluţii decât acelea ale propriei ordini juridice; pe de altă parte, prin iluzia lipsei lacunelor şi prin interpretarea exegetică proprie oricărei mari codificări. Ideea că actul comparării putea să aducă mari servicii în aceste domenii fusese susţinută în Germania de *Kohler*[9]. Totuşi, cu siguranţă *Saleilles*[10] a fost acela care a demonstrat rolul pe care actul comparării îl poate juca în acest domeniu, insistând în modul cel mai hotărât asupra acestui aspect. *Saleilles* era de părere că prin compararea unei instituţii juridice în mai multe ordini juridice având aceleaşi structuri şi aparţinând aceleiaşi civilizaţii, se putea desprinde tipul (ideal) al instituţiei juridice, care astfel devenea un model obiectiv în stare să călăuzească interpretarea tribunalelor naţio-

[7] A se vedea **infra**, Nr. 127, 128.

[8] A se vedea **infra**, Nr. 127, 128.

[9] *Kohler*, **Uber die Interpretation von Gesetzen**, Grünhuts Z XIII (1886) 1 şi urm.

[10] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 59. În acelaşi sens *H. Uyterhoeven*, 64. A se vedea cu toate acestea *Karl Spiro*, **Uber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationsrecht** (Basel 1948) Nr. 82. În mod general *Ernst Kramer*, 6 şi urm.

nale. *Saleilles* avea totuşi grijă să precizeze că judecătorul naţional nu putea recurge la comparare decât cu condiţia să fie vorba de o lacună a legii naţionale şi soluţia propusă de comparare să fie în armonie cu dreptul naţional.

Analiza şi cunoştinţele privind procesul de interpretare au făcut, de atunci, mari progrese pretutindeni; probabil mai multe în Italia şi Germania decât în Franţa. Totodată, frontierele dintre interpretarea în vederea aplicării legii, interpretarea ce permite ameliorarea dreptului naţional prin adaptarea unor texte vechi la situaţii noi, interpretarea pentru a preciza conţinutul standardelor juridice[11] şi pentru a umple lacunele[12] sunt pretutindeni fluide. Compararea îi poate servi judecătorului atunci când el procedează la interpretarea unei norme juridice. Ajutorul său devine mai preţios şi mai intens atunci când interpretarea vizează îmbunătăţirea dreptului naţional şi îndeosebi umplerea unor lacune. În aceste ipoteze, compararea exercită mai întâi o veritabilă funcţie de orientare. Ea face acest lucru arătând cum alte ordini juridice sau alţi judecători au rezolvat problema care, în dreptul naţional, constituie o lacună. Această funcţie s-a impus mai întâi doctrinei în mod progresiv. Din ce în ce mai mult, comparatişti din diverse ţări[13], ca de altfel şi jurişti naţionali[14], consideră că funcţia de orientare şi de control a comparării constituie un instrument preţios pentru politica jurisprudenţială. Este sigur că între timp, în diverse ţări, tribunalele recurg la acest procedeu, de altminteri într-un mod mai curând excepţional şi foarte prudent. Ele fac acest lucru în chip pragmatic şi nu prea clar. Procesul prin care se realizează funcţia aceasta pune numeroase probleme, a căror examinare se află încă la începuturile sale[15]. Unele probleme, ca şi condiţiile puse de *Saleilles*, par clare; altele, ca de pildă alegerea ordinilor juridice ce sunt luate în

---

[11] A se vedea *Aubin*, **Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmasstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtssprechung, Deutsche Landesrefrate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Upsala (1966)**. Număr special al Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Berlin-Tübingen 1967) 99 şi urm. A se vedea de asemenea *A. Tunc*, **Standards juridiques et unification du droit. Livre du Centenaire**, II, 105 şi urm.

[12] Problema este foarte complexă. A se vedea, de exemplu, *Esser*, 147 şi urm.; 253 şi urm.

[13] A se vedea, de exemplu, *Sacco*, **Il concetto di interpretazione del diritto** (Torino 1947) 78 şi urm.

[14] A se vedea la *Uyterhoeven* (64) lista celor mai de seamă partizani ai acestei idei, îndeosebi în Germania şi Elveţia.

[15] *David*, **Traité**, 130 şi urm.; *Dölle*, **Der Beitrag der Rechtsvergleichung**, 33 şi urm.; *Uyterhoeven*, 67 şi urm. şi mai ales studiul substanţial al lui *Arthur Meier-Hayoz*, **Der Richter als Gesetzgeber** (Zürich 1951).

considerare, sunt încă de cercetat[16]. Nu avem de gând să procedăm aici la un examen al acestor probleme. Ceea ce vrem să subliniem este că problema se pune în termeni diferiţi, în funcţie de faptul că regula juridică ce trebuie interpretată aparţine unui "sistem deschis" sau unui sistem "axiomatic închis"[17], sau ţinând seamă dacă este vorba de o normă autohtonă sau importată din străinătate[18].

Recurgerea la ordinile de drept străine şi la metoda comparativă constituie o practică bine cunoscută în ordinile juridice axiomatic deschise, cum sunt[19] ordinile juridice engleză şi americană. Ea fusese deja folosită într-o oarecare măsură de judecătorii *Kent* şi *Story* în Statele-Unite[20]. Înaintea lor, ea fusese făcută celebră de *Lord Mansfield* în Anglia[21]. De altminteri, în aceste cazuri, nu este vorba de interpretarea comparativă a unei reguli juridice naţionale, ci de elaborarea unei soluţii sau a unei norme juridice naţionale cu ajutorul metodei comparative.

La prima vedere, poate să pară surprinzător că actul comparării este în stare să exercite o funcţie de control în domeniul politicii jurisprudenţiale a ordinilor juridice axiomatic închise, cum sunt cele ale Sistemului european. Totuşi, chiar pentru aceste ordini juridice, în anumite ipoteze, compararea se impune ca un instrument adecvat de orientare şi de control în interpretarea normelor juridice naţionale. Aceasta se întâmplă ori de câte ori Coduri, legi sau chiar norme juridice izolate au fost împrumutate sau primite dintr-o ordine de drept străină. În aceste ipoteze, pare natural ca înainte de a interpreta norma juridică primită, judecătorul să se informeze pentru a afla cum a fost ea înţeleasă şi interpretată în ţara de origine. Jurisprudenţa tribunalelor belgiene, luxemburgheze, turceşti şi chiar româneşti[22], ca să nu le citãm decât pe acestea, oferă numeroase dovezi. Aceasta nu înseamnă nicidecum că tribunalele urmează interpretarea dată de tribunalele ţărilor de origine. Totodată, această formă de control se dovedeşte a fi necesară sau, măcar[23], utilă pentru tribunale, chiar atunci când volumul

---

[16] A se vedea **infra**, Nr. 127.

[17] A se vedea îndeosebi *Esser*, 45 şi passim.

[18] A se vedea **infra**, Nr. 127.

[19] Printre alte cauze, importanţa din ce în ce mai mare căpătată de *Statute Law* tinde să diminueze acest caracter.

[20] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 28.

[21] *Lévy-Ullmann*, 331: "Marele magistrat îşi bazează ale sale *leading decisions* pe jus gentium şi pe dreptul roman, pe care, din 1759, le proclama izvoare generale ale dreptului comun în lume. Prin categoriile lui *civil law* a putut Lord Mansfield să construiască acel *modern commercial law* englez".

[22] Înainte de trecerea dreptului românesc în sfera de influenţă a Sistemului sovietic.

[23] A se vedea **infra**, Nr. 127.

de drept primit este puţin important, adică atunci când este vorba de receptarea unor legi sau a unor norme juridice izolate[24]. Compararea le permite judecătorilor naţionali să înţeleagă mai bine scopul şi funcţia normei primite, pe care ei trebuie s-o aplice ca normă juridică naţională; printr-un supliment de informaţie, ea dă posibilitatea unei soluţii mai raţionale. Bineînţeles, compararea aceasta nu poate nicidecum să pretindă a-i oferi judecătorului naţional o soluţie obligatorie[25]. În ipoteza aceasta, funcţia de control atribuită comparării se explică prin originea normei juridice. Totuşi, atunci când este vorba de interpretarea unei reguli juridice autohtone, întrebuinţarea metodei comparative, ca instrument de control, nu este recomandată de nici un motiv special. Întrebuinţarea aceasta rezultă atunci din voinţa judecătorului de a verifica, printr-un examen comparativ, rezultatele dobândite prin aplicarea metodei de interpretare a propriei sale ordini juridice. Este evident că, în ciuda utilităţii sale, întrebuinţarea aceasta a metodei comparative este mai curând rară. Şi acest lucru mai ales fiindcă ea cere din partea judecătorului cunoştinţe de drept străin pe care el nu le poate poseda decât foarte rar. Motivul acesta, adăugat principiului, destul de răspândit şi strict interpretat, potrivit căruia soluţia litigiului trebuie să fie dedusă numai din dreptul naţional, explică numărul destul de limitat de ţări unde o astfel de tendinţă poate să fie constatată[26].

Astfel, *Bundesgericht* elveţian a fost întotdeauna în interpretarea sa deschis argumentelor comparative şi consideraţiilor de drept străin, nu numai pentru litigii ţinând de dreptul internaţional privat, ci şi pentru probleme de drept civil pur[27].

---

[24] A se vedea *Dölle*, 34 şi urm.; *Hugo Uyterhoeven*, 81 şi urm.

[25] Într-adevăr, nu este sigur că în caz de lacune judecătorul poate, în toate ordinile juridice, proceda cu libertatea legiuitorului, aşa cum îl autorizează pe judecătorul elveţian să facă articolul 1 din ZGB elveţian - argument ce constituie baza poziţiei lui *Zweigert* (**Interprettationsmethode**, 9 şi urm.). În această ordine de idei este interesant să ne reamintim dispoziţiile din *Allgemeinen Landrecht* prusian care, în caz de îndoială, îi prescria judecătorului obligaţia de a se adresa *Comisiei legislative* (Introduction § 46) pentru a cere o interpretare autentică, interzicându-i să se sprijine pe opinia doctrinei (Introduction § 6).

[26] A se vedea, de exemplu, *Ripert-Boulanger* (**Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol**, I, 78) care se îndoiesc de faptul că actul comparării poate fi întrebuinţat cu folos ca metodă de interpretare.

[27] În privinţa acestei probleme, a se vedea îndeosebi: *Arthur Meier-Hayoz*, **Der Richter**, 1; *acelaşi*, **Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung** (Bern 1962) I, nota 355 şi urm. la art. 1; *Uyterhoeven*, 52 şi urm., 83 şi urm.; *Karl Spiro*, **Uber den Gerichtsbrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationsrecht**; *Riese*, 183; *Frédéric-Edouard Klein*, **L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse en matière de droit privé**, RIDC 11 (1959) 821 şi urm.; *Häfelin*, 89 şi urm.; etc.

În Franţa, trebuie făcută o distincţie. De la ultimul război mondial, asistăm, în litigiile de drept internaţional privat[28], la o atitudine a tribunalelor mai favorabilă consideraţiilor comparative şi de drept străin. Dimpotrivă, în toate celelalte domenii juridice, recurgerea la argumente comparative şi de drept străin este o foarte mare excepţie, în faţa tribunalelor civile[29] la fel ca şi în faţa tribunalelor administrative[30].

În ceea ce priveşte Germania, problema a făcut obiectul unui studiu[31] acoperind perioada 1910[32] - 1961, cuprinzând 31 de hotărâri[33] ale *Reichsgericht* şi ale *Bundesgerichtshof*. Majoritatea celor 24 de hotărâri care au aplicat în mod pozitiv metoda comparativă se situează în domeniul dreptului civil, dar există de asemenea şi hotărâri privind dreptul public. În aceste cazuri, compararea a fost folosită de judecătorii germani ca un instrument de control, complementar metodei naţionale de interpretare.

---

[28] *Henri Batiffol*, **Les apports du droit comparé au droit international privé, Livre du Centenaire**, I, 140 şi urm.; *acelaşi*, **Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit**, RIDC 22 (1970) 661 şi urm.

[29] *Maurice Rolland*, **La magistrature française devant le droit comparé, Livre du Centenaire**, I, 352.

[30] *Maxim Letourneur*, **L'influence du droit comparé sur la jurisprudence du Conseil d'Etat (Livre du Centenaire**, I, 211 şi urm.). A se vedea totuşi cu titlu de timidă excepţie: C.E. 11 decembrie 1970, *Crédit foncier de France*, AIDA 1971, 227. Conform cu remarcile lui H.T.C. (**de l'arrêt Société "Maison Genestal" à l'arrêt Crédit foncier de France. La jurisprudence des interventions économiques de l'Etat**, AIDA 1971, 176) hotărârea *Crédit foncier de France* a fost dată după Colocviul jurisdicţiilor administrative ale celor şase ţări ale Pieţei Comune, în cursul căruia fusese evocată în mod deosebit problema controlului intervenţiilor economice. (A se vedea EDCE 1971). Autorul notei arată că hotărârea aceasta ia în considerare o construcţie a jurisprudenţei belgiene şi italiene, şi că poate să fie citată printre hotărârile ce exprimă un oarecare interes pentru deschiderea faţă de influenţa jurisprudenţelor administrative europene. Bineînţeles, e vorba de un rar şi timid exemplu.

[31] *Aubin*, **Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtssprechung**, RabelsZ 34 (1970) 458 şi urm.

[32] Cred că acest curent nu a început cu hotărârea RG (II.ZS) din 18 octombrie 1910 (GRZ 74, 276, 279) ci cu hotărârea RG (II.ZS) din 23 februarie 1904, (RGZ 57, 106, 115 şi urm.) care a consacrat teoria acelor *positiven Vertragsverletzungen*. În această hotărâre RG invocă în mod expres art. 1184 C. civ. francez pentru a uşura elaborarea unui principiu general în materie de rezoluţiune. A se vedea *Remelé*, **Bemerkungen zu der Frage de positiven Vertragsverletzungen**, Recht 1912, 570. De altfel în acest caz RG se găsea înaintea unei lacune pe care trebuia s-o umple.

[33] Ceea ce constituie în acelaşi timp mult şi nu destul. Mult dacă vom lua în seamă numărul total al hotărârilor; puţin, sau nu destul, dacă le raportăm la cei 70 de ani în timpul cărora ele au fost luate.

Bineînţeles, aplicarea metodei comparative de către judecători, ca instrument de control, este în cea mai mare parte a timpului pragmatică şi schematică. Majoritatea hotărârilor arată că de obicei judecătorii se mulţumesc cu simple argumente comparative sau de drept străin, fără a proceda în vederea acestui lucru la o comparare sistematică. Pe de altă parte, alegerea ordinilor juridice din care se iau argumentele comparative este dictată de raţiuni apropriate, mai ales atunci când este vorba de funcţia de control exercitată în domeniul legislativ. În materie judiciară, alegerea aceasta este comandată de originea normei primite. Ceea ce vrea să spună că judecătorii compară această normă cu modul în care ea este interpretată în ţara sa de baştină. Alegerea ordinilor juridice în celelalte cazuri are ca punct de plecare, mai mult sau mai puţin, hazardul şi cunoştinţele judecătorilor respectivi.

c) *Funcţia de orientare şi de control a comparării în cadrul doctrinei.*

Aceeaşi funcţie de informare, de orientare şi de control îi revine comparării în cadrul doctrinei şi în domeniul teoriei juridice. Monografii şi studii comparative privind o instituţie juridică străină pot servi doctrina naţională[34] şi, prin aceasta, pot să pregătească doctrinar reformele legislative sau modificările jurisprudenţiale viitoare. Astfel, lucrările lui *Sainctelette* în Belgia, tinzând să supună accidentele de muncă răspunderii contractuale, i-au inspirat pe *Saleilles* şi pe *Josserand* ale căror lucrări au inspirat, la rândul lor, importantul revirîment jurisprudenţial din 1896 în această materie[35]. Exemplele sunt numeroase. Nu avem decât să ne gândim la diversele teorii italiene sau germane care au fost introduse în Franţa de *Demogue*, la teoriile germane introduse în Austria[36] de *Unger* sau la teoriile de drept administrativ francez introduse în Germania[37] de *Otto Mayer*. Într-adevăr, juriştii reiau adesea teorii dezvoltate în străinătate privind diverse probleme juridice, teorii ce li se pare că explică mai bine probleme naţionale echivalente. Acest proces de osmoză doctrinală a acţionat, şi acţionează, cu o mare intensitate, deşi într-un mod pragmatic. Prin intermediul lui s-a ajuns progresiv la o adevărată apropiere a gândirii juridice, trecând peste diferenţele dintre ordinile juridice naţionale.

Compararea teoriilor juridice naţionale cu teoriile echivalente străine poate îndeplini o funcţie de control, în măsura în care ea permite să se

---

[34] În ceea ce priveşte Germania, a se vedea exemplele lui *Dölle*, 37 şi urm.

[35] **Supra**, Nr. 69, nota 261.

[36] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 43.

[37] A se vedea *Jean Rivero*, **Droit administratif français et droits administratifs étrangers (Livre du Centenaire)** I, 199 şi urm.

verifice exactitatea lor. Compararea răspunderii contractuale franceze cu răspunderea contractuală din dreptul german, bazată pe principiul culpabilităţii, şi cu cea din dreptul englez, care este strictă şi care se întemeiază practic pe o garanţie, dovedeşte dualitatea sistemului francez, fundamentat pe ambele principii în acelaşi timp. Pe de o parte, şi în ceea ce priveşte obligaţiile de mijloace, sistemul francez se întemeiază pe principiul culpabilităţii. Culpa, distinctă de neexecutare, este necesară pentru a stabili răspunderea debitorului, la fel cum proba lipsei culpei îl exonerează. Principiul culpabilităţii şi efectele sale sunt aici aceleaşi ca în dreptul german. Pe de altă parte, şi în ceea ce priveşte obligaţiile de rezultat, sistemul francez se bazează pe o răspundere strictă, ca în dreptul englez, unde simpla neexecutare stabileşte răspunderea debitorului, iar proba lipsei culpei nu îl eliberează. În dreptul german, aceste efecte nu mai pot fi explicate de principiul culpabilităţii, ci de cel al unei răspunderi fără culpă. Prin compararea celor trei sisteme de răspundere contractuală şi a principiului culpabilităţii în dreptul german şi francez, se poate preciza poziţia exactă a sistemului francez faţă de celelalte două şi se poate dovedi cât de inexactă este opinia autorilor ce cred că sistemul francez al răspunderii contractuale este unitar şi mai ales că el se bazează doar pe principiul culpabilităţii[38]. Dovedind că efectele aceluiaşi principiu sau ale aceleiaşi teorii, pe care se bazează doctrinele celor două ordini juridice, nu sunt identice, compararea poate exercita o funcţie de control.

123. Rolul metodei comparative cu prilejul elaborării tratatelor internaţionale

Rolul pe care metoda comparativă îl poate juca în momentul elaborării tratatelor nu pare clar la prima vedere. Problema nu a atras atenţia decât câtorva autori care, de altfel, s-au mulţumit cu observaţii generale. Dificultăţile ce trebuie învinse, în ipoteza aceasta, sunt aproape întotdeauna aceleaşi, oricare ar fi conţinutul tratatelor. Astfel, fără a proceda la o sistematizare completă, se poate constata că există grupuri

[38] Am întreprins această demonstraţie în lucrarea mea **L'Inexécution**. Principalii apărători ai teoriei culpabilităţii, *Henri, Léon Mazeaud* şi *A. Tunc*, în lucrarea lor fundamentală asupra răspunderii civile (ed. a 6-a, 1965) I, citează lucrarea mea o dată, dar nu se ocupă nici de respingerea tezei lor, nici de vreunul din argumentele desfăşurate pe mai mult de cinci sute de pagini. În aceste condiţii, rolul cercetării ştiinţifice este limitat, întrucât dialogul ştiinţific nu e posibil atunci când protagoniştii unei teorii refuză chiar să ia cunoştinţă de argumentele şi de dovezile ce pun la îndoială teza lor.

de tratate în elaborarea cărora compararea joacă un rol deosebit de important. Afirmaţia aceasta va fi ilustrată de exemplul a două feluri de tratate.

Una din dificultăţile principale ce apar cu prilejul elaborării tratatelor constă în faptul că dreptul tratatelor nu dispune de nici un sistem de noţiuni proprii[39]. În mod necesar, negociatorii gândesc cu noţiuni ce fac parte din ordini juridice diferite şi vorbesc limbi juridice diferite[40]. Or, este sigur că nu există un acord atunci când, pentru părţile contractante, noţiunile au conţinuturi juridice diferite. Chiar în caz de *echivalenţă* a conţinutului juridic al noţiunilor folosite, pot rezulta divergenţe ce fac anevoioasă aplicarea tratatului.

Bineînţeles, nu trebuie ignorat faptul că tratatele sunt foarte adesea rezultatul unor compromisuri politice. Totuşi, chiar un compromis adevărat presupune o cunoaştere completă a divergenţelor care subzistă. Într-adevăr, un compromis se realizează prin concesii reciproce şi nu prin trecerea sub tăcere sau prin negarea divergenţelor. Pericolul divergenţelor ascunse este cel mai mare atunci când tratatele se referă la instituţii juridice conţinând clauze generale ce pot duce la urmări pe care părţile nu le-au avut în vedere. Este mai cu seamă cazul tratatelor prin care una din părţile contractante se obligă să le acorde cetăţenilor celeilalte părţi unele drepturi, prevăzând în acelaşi timp şi excepţii de la acest principiu. Nu avem decât să ne gândim, de exemplu, la tratatele privind stabilimentele ce exclud străinii de la activităţile legate de exercitarea *puterii publice*: se prevăd excepţii pentru motive de

---

[39] Comp. *Karl Zemanek*, **Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?** ZaöRV 24 (1964) 461; a se vedea de asemenea *Paul Guggenheim*, **Landesrechtliche Begriffe im Völkerrecht, vor allem im Bereich der internationalen Organisationen, Rechtsfragen der Internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag** (Frankfurt 1956) 133-151; *Seidl-Hohenveldern*, **Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht**, 253 şi urm.

[40] În ceea ce priveşte dificultăţile de a elabora o terminologie juridică universală, a se vedea **supra**, Nr. 118 b. *Zemanek* (461) este de părere că actul comparării poate juca un rol important în formarea unui drept general al organizaţiilor internaţionale. În acest domeniu misiunea sa este: "Eine Begriffsreinigung durchzuführen, Idealtypen der Rechtsinstitute und der Rechtsbeziehungen zu entwickeln, mithin den von nationaler Eigenarten gereinigtetn juristischen Typus der grossen Einrichtungen, wie Gesetz, Verordnung, Exekutive, Verwaltungsorgane usw. herauszuarbeiten". Autorul este de părere că misiunea aceasta este greu de îndeplinit în domeniul dreptului constituţional, grevat de tradiţia istorică, de elemente politice naţionale şi de diverse ideologii. Limitarea aceasta este încă prea prudentă. Un drept general al organizaţiilor internaţionale trebuie să se întemeieze neapărat pe compararea tuturor ordinilor juridice ale statelor membre. Rezultatele obţinute ar fi în acest caz atât de generale încât nu ar avea vreo importanţă practică.

securitate şi de ordine publică[41]. Este evident că pentru fiecare din părţile contractante este de o foarte mare importanţă faptul de a cunoaşte interpretarea pe care partenerul său o dă acestor noţiuni. Numai o comparare făcută înainte de încheierea tratatelor poate asigura identitatea obligaţiilor asumate şi, prin aceasta însăşi, o aplicare corectă a tratatului.

Nevoia de a recurge la comparare cu ocazia elaborării tratatelor este subliniată nu numai de disparitatea noţiunilor juridice, ci şi de tot felul de diferenţe materiale şi de probleme specifice proprii fiecărei ordini juridice, după cum o arată exemplul tratatelor privind dubla impunere[42]. Scopul lor este de a evita sau de a limita dubla impunere internaţională. Aceasta apare îndeosebi în domeniul impozitelor directe, dat fiind că impozitele indirecte urmează principiul teritorialităţii. Într-adevăr, dubla impunere rezultă de pe urma faptului că statul impozitează şi veniturile produse în străinătate şi chiar averea, situată în străinătate, a persoanelor şi societăţilor care îşi au domiciliul pe teritoriul său, în timp ce aceleaşi venituri şi averi sunt deja impozitate de către statele în care ele îşi au sursa sau sediul. Cu toate acestea, o dublă impunere nu poate exista decât dacă impozitele pe venituri şi pe bunuri sunt echivalente în statul de domiciliu şi în acela al veniturilor[43]. Acest lucru nu poate fi constatat decât cu ajutorul comparării ce priveşte sistemul impozitelor din cele două state[44]. Dar sistemul de impunere variază în mod considerabil[45] de la un stat la altul aşa încât este greu de găsit două impozite care, în ţări diferite, să fie echivalente din toate punctele de vedere[46]. Bineînţeles, identitatea terminologică nu permite să se tragă concluzia că există o echivalenţă materială[47]. Astfel, de exemplu, impozitul comunal pe familie (*imposta communale di famiglia*) sau impozitul

---

[41] Comp. art. 55, 56 din Tratatul CEE.

[42] Pentru alte exemple, a se vedea *Rudolf Heitz*, **Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluss der Public Policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Divisen-, Konfiskations- und Enteigungsrecht** (Zürich 1959).

[43] Comp. *Werner Scholz*, **Zum Funktionswandel internationaler Doppelbesteuerungsabkommen, Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht** (Göttingen 1965) 4 şi urm.

[44] *Wilhelm Wengler*, **Beiträge zum Problem der internationalen Doppelbesteuerung, Die Begriffsbildung im internationalen Steuerrecht**, în: Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Caiet 11 (Berlin şi Leipzig 1935) 3 şi urm.

[45] Pentru o vedere de ansamblu, a se vedea *Annemarie Mennel*, **Die Steuersysteme in EWG-Staaten, Efta-Staaten und den USA** (Herne-Berlin 1971); *Ottmar Bühler*, **Prinzipien des internationalen Steuerrechts** (München şi Berlin 1964) 217 şi urm.

[46] Comp. *Wengler*, 5.

[47] Comp. *Wengler*, 144.

comunal locativ (*imposta communale sul valore locativo*) din dreptul italian trebuie considerat, în ciuda denumirii sale, ca un substitut al impozitului pe venit[48]. Totodată, o comparare limitată doar la nivelul instituţional nu poate duce decât la rezultate incomplete[49]. Astfel, în ciuda unităţii impozitului pe venit, există diferenţe considerabile între sistemul italian şi cel din alte ţări. Italia urmează un sistem dualist care îi permite să impoziteze diferitele forme de venituri[50] prin impozite pe categorii de venituri şi să le completeze printr-un impozit general[51]. Dimpotrivă, cea mai mare parte a statelor percep impozite unitare pe ansamblul veniturilor. Diferenţe există şi între majoritatea ţărilor europene şi Marea Britanie. În timp ce primele percep, în principiu, un impozit pe venit conform unui tarif unitar şi progresiv, Marea Britanie cunoaşte acel *Income Tax*, proporţional, alături de *Surtax* care este progresiv[52]. Modul diferit de a calcula veniturile şi câştigurile[53] poate să ducă la diferenţe importante din punct de vedere practic, chiar dacă din punct de vedere instituţional este vorba de impozite echivalente[54]. Din cele precedente rezultă că actul comparării trebuie să cuprindă şi aspectul structural[55]. Asieta impozitului, modul de a-l măsura, de a-l calcula, de a-l aplica precum şi întinderea şi maniera de a calcula părţile neimpozabile sau reducerile precizează structura diferitelor forme de impozite ce trebuie să fie examinate pentru a afla dacă există o dublă impunere. Aceasta se aplică de asemenea felului de a concepe şi de a trata dobânzile, dividendele şi taxele de licenţe în cadrul impozitului pe venituri[56]. Bineînţeles, compararea trebuie să examineze şi aspectul funcţional al termenilor de comparat[57]. Numai o comparare care examinează aspectul funcţional poate să ducă la concluzia că

---

[48] Într-adevăr, proiectul reformei fiscale prevede înlocuirea acestor impozite cu impozite comunale percepute pe anumite venituri. Comp. *Mennel*, 48.

[49] Comp. *Wengler*, 5 şi urm., 169 şi urm.

[50] Este vorba de unul din următoarele patru impozite: imposta sul reddito agrario, imposta sul reddito dominicale dei terreni, imposta sul reddito dei fabbricati, imposta sui reddito di ricchezza mobile.

[51] Comp. *Mennel*, 48.

[52] În India, există alături de *Income Tax* şi de *Surtax*, *Surcharge*. Comp. *Debatin*, **Das deutsch-indische Doppelbesteuerungsabkommen als steuerliche Grundlage für Investitionen in Indien**, AWD 1961, 6 şi urm.

[53] Comp. *Mennel*, 23 şi urm.

[54] Comp. *Alfred Philipp*, **Probleme der Doppelbesteuerung auf Grund der Verschiedenheit der Steuersysteme der Vertragsstaaten und der Verschiedenheit von Vetragstypen**, Deutsche Steuerzeitung, Ausgabe A, 55 (1967) 245 (249).

[55] A se vedea **supra**, Nr. 26 şi urm.

[56] Toate aceste chestiuni trebuie să fie integrate în schema comparativă. A se vedea **supra**, Nr. 45.

[57] A se vedea în mod general **supra**, Nr. 28 şi în mod special *Wengler*, 149; *Scholz*, 10.

anumite impozite, în ciuda disparităţii lor structurale, sunt echivalente din punct de vedere funcţional ca, de exemplu, impozitul pe venit în unele ţări şi, pe de altă parte, impozitul pe patentă din alte ţări. Ceea ce arată de asemenea cât este de important să fie avut în vedere termenul de comparat în complexitatea şi în totalitatea izvoarelor sale juridice[58]. Impozite având aceeaşi asietă, acelaşi mod de a fi calculate şi acelaşi procentaj pot avea caractere diferite[59] în funcţie de caracteristicile celorlalte impozite ce se găsesc alături de ele, în acelaşi sistem. Astfel, impozitul pe capital posedă un caracter diferit după cum este perceput singur sau alături de impozitul pe venit[60].

Majoritatea tratatelor asupra dublei impuneri sunt elaborate după asemenea lucrări de comparare prealabile. Astfel, tratatul model al OECD/OECE[61] prevede, alături de o definiţie a impozitelor pe venituri şi pe capital, o listă a tuturor impozitelor ce există în ţările contractante şi care trebuie să fie supuse tratatului. Aceeaşi constatare trebuie făcută pentru anteproiectul tratatului-model al CEE care, în anexa 1 (a articolului 2 alineat 2), indică impozitele ce există în statele membre şi care pot duce la duble impuneri[62].

Compararea diverselor forme de impozite duce, în mod necesar, la o comparare a noţiunilor înrudite ce se găsesc în legile fiscale. Într-adevăr, legile fiscale ale diverselor ţări folosesc pentru definirea asietei impozitului elemente şi noţiuni care, din punct de vedere terminologic, sunt identice dar care diferă din punctul de vedere al conţinutului lor. Lucrul poate fi constatat în cazul unor noţiuni de drept fiscal, ca, de pildă, noţiunea de capital sau de venituri[63], dar şi în cazul unor noţiuni şi instituţii juridice de drept civil, ca, de pildă, succesiunea, contractul de vânzare, contractul de locaţiune, societăţile, persoana juridică, etc.[64]. În acest fel, compararea, în dreptul fiscal, duce adesea la o comparare în

---

[58] A se vedea **supra**, Nr. 54.

[59] Comp. *Wengler*, 7.

[60] Pentru alte exemple, a se vedea *Wengler*, 7.

[61] A se vedea *Rudolf Regul*, **Steuern und Zölle im Gemeinsamen Markt, vol. V, Doppelbesteuerungsabkommen** (Baden-Baden, Stand März 1963) B-I.

[62] *Regul*, B-II.

[63] A se vedea îndeosebi *Wengler*, 14 şi urm.

[64] În această ordine de idei trebuie menţionate noţiuni ca "domiciliu fiscal" şi "loc al întreprinderii" ce sunt definite în mod expres în toate tratatele. Prin definirea noţiunii de "domiciliu fiscal" se evită o dublă impunere în sensul unui dublu domiciliu (Comp. *Helmut Debatin*, **Der doppelte Wohnsitz im internationalem Steuerrecht**, AWD 1966, 313-320). Dimpotrivă, definirea noţiunii de "loc al întreprinderii" permite o limitare a bazei fiscale pentru impunerea în statul în care se realizează venitul. De aceea, noţiunile au o importanţă fundamentală în tratatele privind dubla impunere. De aceea, definirea noţiunilor trebuie să fie precedată de cercetări comparative foarte amănunţite. Comp. *Wengler*, 14 şi urm.

dreptul civil[65]. Oricare ar fi soluţia pe care părţile contractante o aleg pentru a evita dificultăţile cu ocazia aplicării tratatului, fie că recurg la definiţii incluse în tratat[66] fie că trimit la una din ordinile juridice ale părţilor contractante[67], aceste soluţii nu pot evita dubla impunere sau coliziuni ulterioare[68] decât dacă ele sunt stabilite în urma lucrărilor comparative referitoare la noţiunile respective. Cu cât această lucrare de comparare prealabilă este aprofundată, cu atât părţile contractante trebuie să recurgă mai puţin ulterior la interpretare[69] sau la procedurile de înţelegere amiabilă prevăzute în tratat în caz de conflict[70].

Pe lângă această categorie, există un alt grup de tratate ce prezintă caractere deosebite. Este vorba de tratatele ce instituie organizaţii internaţionale. Faptul că tratatele acestea creează o ordine juridică ce pare a prezenta asemănări cu ordinile juridice naţionale a pus problema de a şti în ce măsură autorii, cu ocazia elaborării acestor tratate, se pot baza pe noţiuni şi instituţii juridice cunoscute în ordinile juridice naţionale. Unii autori[71] sunt de părere că, în ipoteza aceasta, prima datorie a comparării este de a preciza "valorile" care trebuie să devină drept pozitiv şi care trebuie să fie "valori comune" ale statelor membre. Deşi în principiu afirmaţia este exactă, trebuie să ne întrebăm în ce măsură compararea poate cu adevărat să desprindă "valori" inerente oricărei ordini juridice şi care sunt în mare măsură de natură politică, ideologică sau socială. În interiorul oricărei ordini juridice, statul însuşi este cel care precizează prioritatea acestor valori. Lucrul este de asemenea exact în raporturile dintre mai multe state. Valorile ce trebuie examinate cu prilejul elaborării tratatelor internaţionale sunt de asemenea rezultatul negocierilor şi al deciziilor politice. În tratate ce implică

---

[65] Comp. *Wengler*, 1 şi urm.

[66] Este mai ales cazul unor noţiuni ca: dobânzi, dividende, etc. Comp. *Philipp*, 245.

[67] Acesta este cazul în aproape toate tratatele ce conţin regula potrivit căreia produsele bunurilor imobile trebuie să fie impozitate în statul în care se află aceste imobile. Totodată, problema de a şti dacă e vorba de bunuri mobile sau imobile trebuie să fie rezolvată în funcţie de dreptul statului în care aceste bunuri se găsesc. A se vedea de exemplu art. 6 alineat 2 al proiectului de tratat model al CEE.

[68] O problematică asemănătoare, cu alte cuvinte chestiunea de a proceda la un examen comparativ pentru a evita conflicte de calificare ulterioare, apare în tratate precum tratatele de extrădare. Comp. îndeosebi *Manfred Mörsberger*, **Das Prinzip der identischen Strafrechtsnorm im Auslieferungsrecht** (Berlin 1969); a se vedea *H.E. Pfenninger*, **Eine Frage des Auslieferungsrecht**, Schweizerische Juristenzeitung 10 (1913/14) 62 şi urm.

[69] A se vedea, de exemplu, art. 3 alineat 2 al tratatului model OECD-OEEC.

[70] Comp. *Regul*, 25; *H.A. Fischer*, **Schlichtung internationaler Steuerkonflikte**, AWD 1961, 92-94.

[71] *Zemanek*, 453-471.

recunoaşterea deschisă a anumitor valori, ca de pildă convenţia Drepturilor omului[72], aceste valori, alcătuind fundamentul tratatului, pot anevoie să fie desprinse cu ajutorul comparării[73].

Al doilea obiectiv al metodei comparative în acest domeniu[74] este de a desprinde şi de a face cunoscute diversele soluţii pe care ordinile juridice ale statelor membre, precum şi cele ale statelor terţe, le propun pentru aceeaşi problemă, şi de a o alege pe aceea care răspunde cel mai bine nevoii respective[75]. Metoda comparativă joacă, în acest domeniu, rolul pe care ea îl joacă în materie de politică legislativă sau jurisprudenţială[76]. De altfel, pentru tratatele internaţionale ca şi pentru politica legislativă, *alegerea* unei anumite soluţii, sau elaborarea unei soluţii combinate, iese din domeniul comparării propriu-zise, şi reintră în domeniul folosirii rezultatelor pe care ea le-a desprins. Această alegere, referindu-se la termenii desprinşi de metoda comparativă, reprezintă, în realitate, o decizie de natură politică.

124. Rolul comparării cu prilejul interpretării tratatelor

Răspunsul la întrebarea ce funcţie poate îndeplini metoda comparativă cu prilejul interpretării tratatelor internaţionale este dificil datorită

---

[72] Situaţia tratatelor europene ce cuprind o recunoaştere implicită a formei democratice a statului şi a libertăţilor fundamentale este diferită. Viitorul va spune în ce măsură interpretarea acestor noţiuni va depinde de motive economice, juridice sau politice.

[73] Oricum, compararea poate arăta cum căile prin care aceste valori s-au afirmat în diversele ordini juridice sunt diferite şi cum ele pot fi concepute în mod deosebit. A se vedea în acest sens studiul fundamental al lui *René Cassin*, **Droit de l'homme et méthode comparative**, RIDC 20 (1968) 449 şi urm.

[74] Este greu de ştiut în ce măsură au fost realizate cercetări comparative cu ocazia elaborării majorităţii tratatelor ce au creat organizaţii internaţionale. Lucrul acesta pare foarte îndoielnic. A se vedea totuşi *Zemanek*, 463.

[75] Aceasta este metoda folosită de Consiliul Europei pentru a elabora numeroa sele proiecte de convenţii.

[76] A se vedea **supra**, Nr. 110. Comp. de asemenea *Schwarz-Liebermann von Wahlendorf* (**Völkerrecht und Rechtsvergleichung**, JR 1952, 330-343) care consideră că una din funcţiile comparării este de a stabili prin compararea istorică a evoluţiei dreptului statal "rational fassbare Kriterien einer Entwicklungstypologie des Rechts" (339) şi "das Entwicklungsverhältnis von ethischer Vorstellung und rechtlicher Ordnung im Aufbau der Normen des zwischenstaatlichen Verkehrs im Lichte solcher rechtsgeschichtlichen Feststellungen zu prüfen" (340). Examenul propus este interesant, totuşi noi nu împărtăşim optimismul autorului care crede că rezultatele dobândite vor permite acea "Gestaltung neuer Formen und Prägungen im internationalen Rechtsverkehr der Staaten wird, zum Mittel der gemeinsamen Grundlagen unserer Existenz, die rationalen Kriterien für den einzuschlagenden Weg zu erkennen" (343).

pluralităţii organelor competente să o întreprindă, datorită complexităţii şi absenţei omogenităţii izvoarelor dreptului tratatelor, precum şi datorită incertitudinii ce domneşte în doctrina şi în practica dreptului internaţional asupra principiilor de aplicat în momentul interpretării. Trebuie să începem prin a distinge interpretarea autentică de interpretarea unilaterală şi de cea făcută de jurisdicţiile internaţionale.

Dacă organele naţionale sunt competente să interpreteze tratatele, deci în cazul interpretării unilaterale, folosirea comparării, ca instrument de interpretare, depinde de chestiunea de a şti dacă aceste organe urmează principii de interpretare internaţională sau naţională[77].

Răspunsul dat acestei chestiuni de practica statelor nu este unitar. Astfel, hotărârile tribunalelor engleze[78] disting dacă interpretarea se referă la "chestiuni de drept internaţional pur" sau dacă ea are ca obiect probleme de "drept privat, de drept procesual sau de drept administrativ"[79]. În prima ipoteză, ele refuză interpretarea bazată pe principiile dreptului intern; în cazul al doilea, ele fac apel la principiile de interpretare naţionale şi tind să interpreteze dispoziţiile tratatului în lumina principiilor naţionale[80].

Atitudinea tribunalelor franceze este dominată de ideea tradiţională că raporturile internaţionale fac parte din monopolul executivului. Bazându-se de asemenea pe principiul separării puterilor, tribunalele administrative refuză orice interpretare. Tribunalele judiciare nu se recunosc competente să procedeze la o interpretare "decât în litigiile de interes privat, adică în cele care nu implică un conflict decât între particulari şi care nu le determină să aprecieze, fie şi indirect, conduita organelor sau a agenţilor publici străini"[81]. Atunci când dispoziţia care trebuie interpretată ridică probleme privitoare la ordinea internaţională publică sau la interese publice, tribunalele civile ca şi tribunalele administrative trebuie să întrerupă judecarea litigiului şi să supună clauza în chestiune interpretării prealabile a Ministerului Afacerilor Externe care

---

[77] A se vedea îndeosebi *Mosler*, **L'application du droit international public par les tribunaux nationaux**, RCADI 91 (1957) I, 619-710 (673 şi urm.).

[78] A se vedea îndeosebi *McNair*, **L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique**, RCADI 43 (1933) I, 251-305; *F.A. Mann*, **The interpretation of uniform statutes**, LQR 62 (1946) 278-291 (278 şi urm.).

[79] Comp. *Wilhelm F. Bayer*, **Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte**, RabelsZ 20 (1955) 603-642 (604).

[80] *Bayer*, 605.

[81] *Rousseau*, **Droit international public** (50) cu indicaţii jurisprudenţiale; *Basdevant*, **Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques**, Rev. crit. 1949, 424; *Batiffol*, **Traité de droit international privé** (Paris, ed. a 3-a) Nr. 37.

este, pentru ele, obligatorie[82]. În cazurile, destul de rare, în care tribunalele ordinare se declară competente ele se străduiesc să adapteze mai întâi dispoziţia tratatului la ordinea juridică franceză[83]. În ipoteza aceasta, ele tind, fără ca acest lucru să reiasă clar în hotărârile lor, să interpreteze dispoziţiile tratatului în conformitate cu principiile aplicabile legilor naţionale[84]. Jurisprudenţa germană pare să facă o distincţie echivalentă. În mai multe hotărâri privind tratatele de pace semnate după primul război mondial, *Reichsgericht* a subliniat necesitatea de a desprinde prin interpretare sensul obiectiv al dispoziţiilor avute în vedere aşa cum era exprimat în textul tratatului şi, în al doilea rând, în ordinile juridice ale statelor semnatare[85]. Atunci când tribunalele germane au avut de a face cu alte tratate, ele au refuzat să folosească noţiuni şi principii strict naţionale şi, uzând de diverse argumente, au respectat caracterul internaţional al acestor dispoziţii[86].

Aceste indicaţii sumare relative la practica diverselor state privind interpretarea tratatelor internaţionale lasă să apară, în ciuda diferenţelor, o anumită asemănare. Într-adevăr, natura interpretării ce trebuie realizată depinde de caracterul politic (internaţional) sau juridic (intern) al dispoziţiei tratatului respectiv. Acest lucru este cu deosebire vizibil în Marea Britanie şi în Franţa, chiar dacă urmările ce decurg din el diferă[87]. Şi în Germania, diferenţa aceasta pare a avea importanţă pentru jurisprudenţa lui *Reichsgericht*[88]. Metoda de interpretare aplicată tratatului de pace nu face decât să confirme observaţia aceasta. Distincţia

---

[82] Comp. *Rousseau*, op. cit. cu alte indicaţii jurisprudenţiale. A se vedea de asemenea *H. Mosler*, **L'application**, 670; *Léontin-Jean Constantinesco*, **Effets et rang des traités**, 271 şi urm.

[83] Comp. *Bayer*, 604; *Mann*, **Interpretation**, 284.

[84] Această atitudine este aprobată de doctrină. Comp. *Etienne-Adolphe Bartin*, **La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois**, RCADI 31 (1939) I, 565-621 (609 şi urm., 614); *acelaşi*, **Principes de droit international privé** (1930) 104 şi urm.; a se vedea totuşi *J. P. Niboyet* (**Traité de droit international privé français, Conflits des lois, d'autorités et des juridictions**, Paris 1944, III, 382 şi urm.) care considera că punctul său de vedere era de asemenea aprobat de jurisprudenţă (383 nota 3). Comp. *Bayer*, 607 şi urm.; *Mann*, **Interpretation**, 284 şi urm.

[85] Acest punct de vedere era justificat de faptul că Germania nu avusese influenţă în elaborarea conţinutului şi textului acestor tratate. Comp. *Bayer*, 610 şi urm. cu alte indicaţii.

[86] A se vedea expunerea amănunţită a lui *Bayer* (610 şi urm.) cu numeroase referinţe.

[87] În Anglia distincţia aceasta permite stabilirea criteriilor de interpretare. În Franţa distincţia precizează competenţa Ministerului Afacerilor Externe sau a tribunalelor în ceea ce priveşte interpretarea.

[88] RGZ 117, 284.

este întregită de altele, îndeosebi de faptul că o dispoziţie a tratatului se adresează statului sau conţine o normă *self-executing*[89]; de faptul că este vorba de un "tratat-contract" sau de un "tratat-lege"[90], probleme adesea foarte discutate în doctrină. Chiar controversa dintre reprezentanţii metodei de interpretare subiectivă şi obiectivă[91] pare să se bazeze pe diferenţele existente în conţinutul material al tratatelor.

Chiar dacă aceste distincţii şi teorii sunt controversate, nu se poate nega că există tratate ce au o natură mai curând politică, pe când altele au un caracter mai curând juridic şi că unele tind să impună statelor un comportament care desfiinţează autonomia lor politică, în vreme ce altele stabilesc reguli ce au un efect asupra ordinii juridice a statelor semnatare[92].

Este evident că interpretarea unui tratat având un caracter politic trebuie să ţină seama mai ales de realitatea politică. Interpretarea nu poate fi realizată în mod abstract, nici nu poate să se sprijine pe metoda comparativă. Dimpotrivă, metoda de interpretare obiectivă este recomandabilă[93] atunci când e vorba de un tratat în care aspectul politic dispare, iar ordinea juridică pe care tratatul o instituie posedă o oarecare autonomie. Aceasta cu atât mai mult cu cât, de fapt, tratatul nu a fost elaborat prin procedura legislativă. El nu se întemeiază deci pe o singură ordine juridică şi nu este determinat numai de sistemul de noţiuni şi de principii aparţinând unui singur stat. Din contră, tratatul este rezultatul unor negocieri internaţionale ce au ajuns la un acord al statelor semnatare[94]. Toate acestea arată că ar fi greşit, din punct de vedere teoretic, să se procedeze la o interpretare bazată pe noţiunile şi concepţiile juridice ale unui singur stat[95]. În acest fel este subliniată importanţa metodei comparative pentru interpretarea tratatelor. Într-adevăr, atâta vreme cât tratatul nu se întemeiază pe un sistem de

---

[89] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **L'applicabilité directe dans le droit de la CEE** (Paris 1970) = **Die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsnormen und der Rechtsschutz von Einzelpersonen im Recht der EWG** (Baden-Baden 1969).

[90] Comp., de exemplu, *Karl Josef Partsch*, **Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts** (Berlin 1962) III, Verbo: Vereinbarungstheorie.

[91] A se vedea de exemplu *Rolando Quadri*, **Diritto internazionale pubblico** (ed. a 4-a, Palermo, fără an) 142 şi urm.

[92] Aceste observaţii sunt exacte la un anumit grad de generalitate.

[93] Comp. de asemenea *Hartwing Bülck*, **Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts** III, Verbo: Vertragsauslegung.

[94] Comp. **supra**, Nr. 122.

[95] Situaţia se schimbă atunci când tratatul trimite în mod expres la ordinea juridică a unuia din statele semnatare. În acest caz trebuie să admitem că tribunalul, contrar opiniei lui *Rabel* (RabelsZ I, 1927, 7), nu întreprinde comparări ci aplică dreptul străin.

noţiuni proprii, compararea reprezintă o metodă indispensabilă pentru a realiza o interpretare gramaticală[96]. Dacă trebuie definit sensul unei anumite noţiuni juridice[97] dat fiind că această noţiune se bazează pe acordul părţilor contractante, trebuie atunci stabilit mai întâi care este semnificaţia acestei noţiuni[98] în ordinea juridică a statelor semnatare[99]. Aceasta va permite adesea să se constate că noţiunea conţinută în tratat nu coincide cu concepţia tuturor părţilor contractante[100]. Totuşi, în ciuda divergenţelor dintre concepţiile statelor semnatare, se va putea constata că noţiunile respective cuprind un "numitor comun minim". De aici va rezulta că noţiunile respective ale tratatului va trebui să fie

---

[96] Comp. *Bayer*, 626; *Rabel*, RabelsZ 1 (1927) 14 şi urm.

[97] Probleme speciale se pun atunci când este vorba de interpretarea tratatelor redactate în mai multe limbi. A se vedea **supra**, Nr. 123, nota 40. A se vedea *Rabel*, RabelsZ 1 (1927) 15 şi urm. A se vedea mai ales *Dölle*, **Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes-und Vertragstexte**; *Otto Riese*, **Das Sprachproblem in der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften**, 507 şi urm.; *Dickschat*, loc. cit.

[98] Comp. *M. Jokl* (**De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationale**, Paris 1963, 33 şi urm.) potrivit căruia tribunalul trebuie să realizeze în cadrul unui examen gramatical o "calificare comună". În acelaşi sens *Niboyet*, **Droit international privé**, III, 382 şi urm. A se vedea de asemenea *Rabel* (RabelsZ 1, 1927, 14) citat în nota precedentă. *Rabel* nu precizează cu exactitate care este rolul comparării în momentul interpretării tratatelor atunci când el afirmă că ea trebuie "in sinnvoller Rechtsvergleichung der Gedanke des Vertrages zu erforschen". Rezultatul obţinut prin comparare nu trebuie neapărat să coincidă cu "Gedanken des Vertrages" care, cel mai adesea, reprezintă un compromis. Astfel, trebuie examinat în fiecare caz dacă precizia unei "noţiuni cadru" poate fi stabilită graţie elementelor comune ale noţiunilor naţionale. Aceasta depinde bineînţeles de natura tratatului, precum şi de faptul că procedeul acesta este lăsat sau nu pe seama ordinilor juridice naţionale.

[99] Însăşi prin aceasta este precizat cercul de referinţe ce nu poate cuprinde decât statele semnatare. Funcţia metodei comparative nu este de a desprinde un tip ideal, ci de a stabili elementele asupra cărora părţile contractante s-au pus de acord. Problema, des discutată, de a şti în ce măsură trebuie examinat dreptul anti-trust din Statele Unite atunci când se interpretează articolele 85 şi următoarele ale tratatului CEE constituie o problemă ce se pune mai degrabă în momentul aplicării metodei comparative atunci când trebuie să fie interpretate norme juridice primite sau împrumutate din străinătate. Un examen al dreptului concurenţei al statelor membre nu este posibil, dat fiind că cele două ordini de concurenţă protejează domenii diferite, pe de o parte domeniul intern, pe de altă parte comerţul interstatal. A se vedea în privinţa acestei probleme îndeosebi *Steckhan*, **Kartelle und zwischenstaatlicher Handel**.

[100] A se vedea *Niboyet*, **Droit international privé**, III, 384; *Bayer*, 626 şi urm. Procedura de înţelegere pe care *Niboyet* o propune este greoaie şi deseori nerealistă.

completate dincolo de aceste elemente minime[101]. În ce măsură aceste noţiuni pot fi întregite pe baza tratatului[102] sau cu ajutorul metodei comparative? Răspunsul depinde de întrebarea în ce măsură tratatul se întemeiază pe un sistem de noţiuni autonome, adică dacă el se apropie de un *tratat-lege*[103]. Dacă se procedează la un asemenea examen, se poate constata că, în general, adaptarea noţiunii astfel completate, în ordinile juridice naţionale, nu se loveşte de dificultăţi prea mari. Aceasta cu atât mai puţin dacă, la elaborarea tratatului, s-a procedat la examenele comparative necesare.

Chestiunea de a şti cum trebuie umplute lacunele pune probleme deosebite ce nu pot fi evocate decât într-un mod foarte sumar în cadrul acestui studiu. Iar aceasta cu atât mai mult cu cât este dificil să se stabilească principii generale. Prima întrebare este dacă judecătorul este efectiv competent să umple lacunele[104]. O primă concepţie se bazează pe ideea că tratatul nu conţine decât regulile juridice pe care el le stabileşte în mod expres. Interpretarea va fi în chip necesar restrictivă iar judecătorul naţional va avea dificultăţi să se sprijine pe propria sa ordine de drept ca să umple lacunele[105]. Într-o altă opinie, se admite că tratatul a reglementat *în mod* tacit toate situaţiile şi toate cazurile implicate de alte dispoziţii, de conţinutul şi de scopul tratatului[106]. În realitate, ambele concepţii sunt acceptabile. Aplicarea uneia sau alteia, în cazul concret, depinde de natura şi de conţinutul tratatului. De asemenea aceste două elemente sunt cele care indică rolul pe care compararea îl poate juca pentru a umple lacunele într-un caz sau altul. Compararea nu poate juca nici un rol atunci când conţinutul şi natura tratatului permit umplerea lacunelor cu ajutorul noţiunilor şi principiilor dreptului naţional. Dimpotrivă, atunci când natura şi conţinutul tratatului permit umplerea lacunelor printr-o interpretare teleologică, adică întemeiată pe scopul tratatului, compararea poate juca un rol măcar subsidiar. În ipoteza aceasta, ea permite să se evite umplerea lacunei

---

[101] În acest sens *Bayer*, 627.

[102] Contrar celor susţinute de *Bayer* (627 şi urm.) nu se poate pleca de la ideea că tribunalul trebuie totdeauna să atribuie noţiunii pe care trebuie s-o interpreteze semnificaţia ce rezultă din acest "numitor comun minim"; scopul tratatului care are o semnificaţie deosebită mai ales în ceea ce priveşte tratatele-legi poate adesea să ceară să se meargă dincolo de acest element minim.

[103] Comp. *Bayer* potrivit căruia "im Zweifel diejenige Auslegung richtig und *zweckentsprechend* sein (wird), die mit den nationalen Rechtsordnungen möglichst vieler Vertragsstaaten in Einklang zu bringen ist". Sublinierea ne aparţine.

[104] Adesea tratatele cuprind indicaţii în acest sens.

[105] A se vedea *Bayer*, 634 şi urm.

[106] A se vedea îndeosebi *Bernhardt*, 97 şi urm.

printr-o normă juridică ce este străină ordinilor juridice naţionale, normă greu de adaptat sau care are puţine şanse de a fi aplicată în mod general.

Care este soluţia ce trebuie adoptată atunci când interpretarea unui tratat revine unui tribunal internaţional[107] ? Faptul că un tribunal internaţional trebuie să aplice regulile de drept internaţional ar permite să se ajungă la concluzia că o interpretare făcută doar conform unor principii de interpretare naţională nu este posibilă. Totuşi, chestiunea de a şti dacă interpretarea trebuie făcută conform unor criterii obiective sau unor criterii subiective depinde, de altminteri ca şi în cazul interpretării făcute de tribunalele naţionale, de conţinutul material al tratatelor[108]. Dacă interpretarea trebuie făcută exclusiv conform unor criterii subiective, orice examen comparativ este exclus dat fiind că acesta reprezintă o metodă obiectivă de interpretare. Dacă interpretarea trebuie să fie făcută conform unor criterii obiective, metoda comparativă trebuie să joace, cu ocazia interpretării noţiunilor neclare, acelaşi rol ca în cazul interpretării unui tratat de către tribunalele naţionale. Şi în această ipoteză, compararea trebuie să precizeze care este numitorul comun minim. Pentru a completa aceste noţiuni, judecătorul internaţional trebuie să întrebuinţeze principiile recunoscute de tratat[109], de celelalte izvoare ale dreptului internaţional, ca de exemplu dreptul cutumiar internaţional şi principiile generale ale dreptului[110], dacă acestea există. Totodată, problema lacunelor se pune într-un alt mod pentru tribunalele internaţionale. Dat fiind că întreaga competenţă a tribunalelor internaţionale se bazează în mare măsură pe acordul statelor semnatare, trebuie să admitem, în principiu, că tribunalele internaţionale nu sunt competente să umple lacunele decât în măsura în care statele semnatare le-au acordat această competenţă [112].

---

[107] Problema aceasta a fost examinată cu mai multă atenţie. A se vedea, de exemplu, *M. Jokl*, *Alan H. Schechter*, **Interpretation of ambigous documents by international administrative tribunals** (London 1964); *V.D. Degan*, **L'interprétation des accords en droit international** (La Haye 1963); *Sergio Neri*, **Sull'interpretazione dei trattati nel diritto internazionale** (Milano 1958).

[108] În acest sens dar cu rezerve, *Bernhardt*, 23; *Bülck*, op. cit.

[109] A se vedea *Wengler*, **Völkerrecht** (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1967) I, 364.

[110] În acest sens dar cu rezerve *Wengler*, 364. Observaţia privitoare la dreptul internaţional cutumiar este exactă chiar atunci când tribunalele internaţionale se bazează în unele din deciziile lor pe tratate internaţionale anterioare care au reglementat probleme asemănătoare. A se vedea în acest sens *Bernhardt*, 86 şi urm. şi mai ales *Jokl*, 153 şi urm.

Metoda comparativă ar trebui să poată juca un rol important în toate cazurile în care tratatele trimit la principiile generale ale dreptului sau ale statelor membre[113].

Totodată este evident că, cu cât numărul statelor semnatare este mai mare, cu atât este mai greu să fie găsite principii generale comune tuturor acestor state pentru a umple lacunele[114].

125. Metoda comparativă şi principiile generale ale dreptului în dreptul internaţional

Doctrina a acordat o importanţă deosebită principiilor generale ale dreptului în dreptul internaţional[115]. Totuşi, trebuie constatat că cea mai mare parte a autorilor se mulţumesc cu "simple consideraţii teoretice privind natura juridică a principiilor generale"[116] şi acordă o importanţă foarte limitată elaborării practice a acestor principii. Astfel, ei se pierd în speculaţii abstracte privind noţiunea de "principii generale ale dreptului", apropiate de filozofia juridică. Cel mai adesea, ei urmăresc anumite scopuri precizate dinainte, neglijând să procedeze la distincţiile necesare pentru determinarea naturii juridice a acestor principii[117].

---

[112] Este evident că această competenţă poate fi acordată şi în mod implicit şi că ea poate să rezulte din aplicarea teoriei *implied power*. Acest aspect al problemei nu va fi examinat aici.

[113] În ceea ce priveşte problema de a şti dacă o astfel de trimitere este necesară, a se vedea *Bernhardt*, 159; *Wengler*, **Völkerrecht**, 365; *Rabel*, RabelsZ 1 (1927) 17 şi urm. şi **infra**, Nr. 124, 125.

[114] A se vedea **infra**, Nr. 124. De aceea pare justificat în cadrul articolului 38 alineat 1 litera c din statutul CPJ "de a nu lua în considerare în vederea interpretării decât principiile juridice comune statelor contractante": *Bernhardt* (157) cu referinţe suplimentare.

[115] Deja introducerea (§ 49) acelui Preussische Allgemeine Landrecht conţinea trimiteri la principiile generale ale dreptului. Numeroase ordini juridice naţionale actuale conţin asemenea trimiteri. În privinţa unor indicaţii în acest sens a se vedea *Bin Cheng*, **General principles of law as applied by international courts and tribunals** (London 1953) 400 şi urm.

[116] *Schlesinger*, **Formation of Contracts**, 8 şi autorii pe care el îi citează; *Friedmann*, **The Uses of "general Principles"**, AJolL 57 (1963) 279 şi urm.; *Werner Lorenz*, JZ 1962, 270. În acelaşi sens, *F.A. Mann*, **Reflexions on a commercial law of nations**, BYIL 33 (1957) 20. În continuare va fi citată versiunea germană a acestui studiu: **Betrachtungen über ein Völkerhandelsrecht, Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht**, Heft 5 (Baden-Baden, Bonn 1962) 27.

[117] Făcând absolută noţiunea aceasta riscăm să recădem în *Begriffsjurisprudenz*.

Trimiterea la principiile juridice generale se află de asemenea în dreptul tratatelor[118]. În acest caz, domeniul de aplicare şi cercul referinţelor au o importanţă deosebită pentru a stabili natura juridică a principiilor juridice generale[119]. În ciuda numărului de probleme pe care această chestiune le pune, ne vom limita aici să facem câteva observaţii privind articolul 38 alineatul 1 c al statutului CIJ.

Acest articol, care este aproape identic cu articolul 38, 3 din statutul Curţii Permanente de Justiţie, precizează că aceasta din urmă trebuie să aplice "principiile juridice generale recunoscute de statele civilizate"[120]. Fireşte, internaţionaliştii, mereu preocupaţi de problema izvoarelor dreptului internaţional, şi îndeosebi de aceea a forţei lor obligatorii, au acordat o importanţă specială acestei dispoziţii. Astfel, numărul de studii privind natura juridică a principiilor generale a devenit foarte mare[121]. În ansamblu, se pot constata două concepţii principale. Conform celei dintâi, principiile generale ale dreptului aparţin dreptului natural şi reprezintă una din formele acestui drept[122]. După cea de a doua concepţie, aceste principii constituie expresia regulilor dreptului pozitiv ce se referă la anumite valori fundamentale[123]. Importanţa acestei distincţii pentru problema ce ne interesează este certă. Conform primei concepţii, scopul este predeterminat în mod obiectiv şi este vorba, în fond, de a desprinde reguli ce sunt inerente dreptului

---

[118] Potrivit lui *Alfred Verdross* (**Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale**, RCADI 52, 1935, II, 195 şi urm., 207) apelul la principiile generale ale dreptului în dreptul internaţional s-a făcut deja înaintea elaborării textului art. 38, 3 din Statutul CPJ.

[119] A se vedea de asemenea *Wilhelm Wengler*, **Völkerrecht**, I, 361 şi urm. precum şi distincţiile pe care le face; *Mann*, 32.

[120] În ceea ce priveşte dificultatea de a desprinde principiile generale, a se vedea *Schlesinger*, op. cit., 8 şi urm. şi *Friedmann*, loc. cit. A se vedea de asemenea autorii citaţi, **supra**, Nr. 24, nota 78.

[121] A se vedea *Bin Cheng* şi literatura (409 şi urm.) pe care el o citează.

[122] *Le Fur*, **La coutume et les principes généraux du droit comme source du droit international public, Recueil Gény** (Paris 1936) III, 362 şi urm.; *Bin Cheng*, 24; *acelaşi*, intervenţie orală în timpul şedinţei Hugo Grotius Society din 11 iunie 1952, **The Grotius Society**, Vol. 38 (1953); a se vedea şi *Alfred Verdross*, RCADI 52 (1935) II, 1950 şi urm., 204; apoi: *Karl Wolff*, **Les principes généraux du droit applicable dans les rapports internationaux**, RCADI 36 (1931) II, 483 şi urm.

[123] *Petros Vallindas*, **General principles of law and the hierarchy of the sources of the international law, Hommages à Spiropoulos** (Bonn 1957) 427; *Georges Ripert*, **Les règles du droit civil applicable aux rapports internationaux**, RCADI 44 (1933) II, 469 şi urm., 479; *Adamkiewicz*, Intervenţie orală în timpul şedinţei Hugo Grotius Society din 11 iunie 1952, loc. cit. 133 cu rezerve; *Rabel*, RabelsZ 1 (1927) 17 şi urm.; *Esser*, 35 şi urm.

internaţional[124]. În acest caz, compararea poate avea cel mult o funcţie subsidiară hărăzită să uşureze cunoaşterea principiilor avute în vedere[125]. După cea de a doua concepţie, este vorba de a preciza principiile comune ordinilor juridice naţionale. În acest caz, metoda comparativă este singura în stare să desprindă principiile juridice generale[126].

Concepţia naturalistă pleacă de la o premisă nedovedită, şi astăzi foarte controversată, anume existenţa unui drept natural[127]. Ea duce, contrar termenilor articolului 38 din statutul Curţii internaţionale de Justiţie, la un fel de confuzie între principiile juridice generale şi dreptul internaţional cutumiar. În sfârşit, ea este în contradicţie cu istoria elaborării acestui text[128]. Dacă articolul 38, alineat 1, c din statutul CIJ face trimitere la principiile juridice ale dreptului pozitiv al *statelor civilizate*, atunci compararea este singura metodă conceptibilă pentru a desprinde aceste principii[129]. Examenul acesta poate avea loc, în principiu, în toate domeniile dreptului naţional[130], deşi materialul de care are nevoie îl va găsi aproape exclusiv în dreptul privat[131].

---

[124] *Bin Cheng*, Intervenţie orală în timpul şedinţei Hugo Grotius Society din 11 iunie 1952, loc. cit., 130.

[125] A se vedea *Bin Cheng*, Intervenţie orală, 129: "The reason why, in looking for the general principles of law, International Courts frequently refer to municipal law is merely because municipal law has a much longer history and is much more developped from which it is easier to deduce such principles".

[126] Distincţia aceasta subliniază că trebuie precizată mai întâi natura principiilor generale, iar apoi să ne întrebăm ce metodă trebuie aplicată pentru a le desprinde. A se vedea totuşi *Lorenz*, 270 şi *Mann*, 27.

[127] A se vedea *Ripert* (577) cu argumente convingătoare.

[128] În cadrul Comisiei juridice însărcinate cu elaborarea Statutului Curţii Permanente de Justiţie din 1920, *Lord Philimore* preciza că principiile juridice generale sunt principii ce îşi găsesc aplicarea *in foro domestico*. (Procese verbale ale dezbaterilor din cadrul Comitetului, 1920, 335). În ceea ce priveşte istoria apariţiei acestui text, a se vedea apoi *Bin Cheng*, 6 şi urm.

[129] *Vallindas*, 428; *Schlesinger*, **Research on the general principles of law, recognized by civilized nations**, AJolL 1957, 735; *Angelo Grisoli*, 42; *Zemanek*, 458; *Ignaz Seidel-Hohenveldern*, **Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht**, 262; *Schwarzenberger*, **Vorwort zu Bin Cheng, General principles of law**, XXII; *Bernhardt* (**Eigenheiten**, 446) care îi încredinţează comparării juridice obiectivul de a preciza dreptul internaţional cutumiar; a se vedea apoi *Mann*, 27 şi urm.

[130] În ceea ce priveşte dificultăţile ce apar atunci când se aplică metoda comparată dreptului public, a se vedea *Bernhardt*, **Eigenheiten**, 432; *Zemanek*, 457.

[131] *Gutteridge*, 88 şi urm.; *acelaşi*, **Comparative law and the law of nations**. A se vedea de asemenea voluminoasa lucrare a lui *Lauterbach*, **Private law sources and analogies of international law** (New York, Toronto, Bombay, Calcutta şi Madras 1927); *Sandrock*, 26 şi urm.; *Ralf Serick*, **Uber den Wert der Privatrechtsvergleichung im Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg** (Heidelberg 1967) 215 şi urm. (228).

Totodată, nu trebuie să ne facem prea multe iluzii[132]. Dacă cercul de referinţe este foarte larg şi cuprinde Sisteme juridice înzestrate cu elemente determinante contradictorii, elementele comune vor fi reduse sau vor privi elemente fungibile şi tehnice. În mod necesar, principiile generale comune vor fi, datorită acţiunii lor secundare şi caracterului lor general, fără prea mare importanţă practică. Eforturile doctrinei pentru desprinderea principiilor juridice generale[133] sunt viu controversate; în cea mai mare parte, ele se bazează doar pe jurisprudenţa tribunalelor internaţionale. Pe de altă parte, majoritatea deciziilor acestor tribunale nu fac nicidecum să reiasă examene comparative prealabile[134]. Multe dintre ele se mulţumesc cu afirmaţii nedovedite, conform cărora ar fi vorba, într-un caz sau în altul, de un principiu juridic general. Altele, în sfârşit, se sprijină, în mod unilateral, doar pe o singură ordine juridică ce este aleasă conform experienţei unui judecător sau a altuia[135].

126. Funcţiile comparării în dreptul comunităţilor europene

Edificarea CEE şi elaborarea unei ordini juridice noi, caracteristică şi autonomă în privinţa izvoarelor şi a efectelor sale în raport cu ordinile juridice ale statelor membre, însă întrepătrunsă totuşi în ordinea lor juridică, treziseră mari speranţe în ceea ce priveşte rolul pe care compararea era chemată să-l joace într-un domeniu întreit.

Mai întâi, compararea ordinilor juridice ale statelor membre părea să se impună organelor comunitare ca un demers prealabil şi indispensabil, precedând elaborarea dreptului comunitar secundar. Apoi, compararea părea să se impună Curţii de Justiţie a Comunităţilor

---

[132] Astfel, *Gutteridge*, 88 şi urm. În ceea ce priveşte critica acestei concepţii, a se vedea *Lorenz* (271) ce pare a nu da importanţa necesară distincţiilor rezultând din întinderea cercului de referinţe.

[133] A se vedea, de exemplu, *Bin Cheng*, **General principles**; *A.M. Stuyt*, **The general principles of law as applied by international tribunals to dispute on attributions and exercise of State juridiction** (Den Haag 1946).

[134] *R. Schlesinger* (**Research**, 734 şi urm.) constată că deciziile tribunalelor internaţionale nu conţin nici o indicaţie privind recunoaşterea principiilor generale ale naţiunilor civilizate. După el, motivul se află în eşecul metodei comparative. Mi se pare mai exact să vedem motivul în eşecul comparatiştilor. A se vedea şi *Lord McNair*, **The General Principles of Law recognized by civilized nations**, BYIL 33 (1957) 1 şi urm.

[135] *Wengler*, **Völkerrecht**, I, 368 şi urm.; a se vedea de asemenea *Gutteridge*, Intervenţie orală în timpul şedinţei Hugo Grotius Society din 11 iunie 1952, loc. cit., 1927.

europene pentru dezvăluirea soluţiilor comune ordinilor juridice ale statelor membre, soluţii destinate să completeze dreptul comunitar şi să umple lacunele sale. În sfârşit, compararea apărea ca instrumentul indispensabil pentru desprinderea principiilor comune ori de câte ori Tratatul îi atribuie Curţii de Justiţie misiunea de a stabili regulile de drept pozitiv, conforme cu principiile generale comune din dreptul statelor membre. De fapt, în fiecare din aceste domenii realizările nu s-au ridicat la înălţimea speranţelor. În fiecare din aceste domenii, acţiunea organelor comunitare este mai mult pragmatică decât ştiinţifică. Ea este mai mult interesată de obiectivele de atins decât de caracterul sistematic al comparării, în calitate de instrument hărăzit să atingă aceste obiective. Problema este prea vastă ca să poată fi tratată aici în mod aprofundat. De altminteri, literatura a căpătat deja o prea mare anvergură. Şi în acest caz, va trebui să ne restrângem la un simplu rezumat schematic.

a) *Compararea în elaborarea dreptului comunitar secundar.*

Complexitatea procesului de integrare economică, în anvergura şi dinamica sa, făcea imposibilă o reglementare normativă completă, dinainte stabilită. Complexitatea aceasta a făcut indispensabilă instituirea de proceduri şi de organisme înzestrate cu competenţa necesară pentru a umple cu substanţă normativă cadrul elaborat de Tratat[136]. Pluralitatea formelor dreptului comunitar secundar[137] se explică de asemenea prin gradul diferit de intensitate pe care îl poate avea procesul de unificare. În unele domenii, CEE trebuie să stabilească un *drept comun* al statelor membre, deci un *drept uniform* pentru toată Comunitatea. Acesta este rolul regulamentelor[138] care, conform dispoziţiilor articolului 189 alineat 2 din Tratatul CEE, sunt adevărate legi comunitare. Într-adevăr, ele au un caracter abstract şi o influenţă generală; sunt obligatorii în toate elementele lor; sunt direct aplicabile[139] în toate statele membre.

În alte domenii, Tratatul vizează o integrare mai puţin pronunţată; el se mulţumeşte cu o armonizare sau cu o apropiere a legislaţiilor

---

[136] Tratatele ce instituie Comunităţile europene constituie pentru statele membre drept uniform.

[137] *Léontin-Jean Constantinesco*, **La spécificité du droit communautaire**, RTDE 1965, 15 = **Die Eigentümlichkeiten des Gemeinschaftsrechts**, JuS 1965, 290 şi urm.

[138] *Rabe*, **Das Verordnungsrecht der europäischen Gemeinschaften** (Hamburg 1964); *Möller*, **Die Verordnungen der europäischen Gemeinschaften** (Göttingen 1967).

[139] *Léontin-Jean Constantinesco*, **L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.** (Paris 1970) şi **La spécificité du droit communautaire**, RTDE 1965, 15.

naţionale. Această acţiune se realizează prin acte juridice mai puţin percutante decât regulamentele. Este rolul directivelor[140] şi al deciziilor adresate statelor membre[141] de a le realiza. Potrivit dispoziţiilor articolului 189, alineat 3 din Tratatul CEE, directivele nu se adresează în mod obligatoriu tuturor statelor membre; ele nu au o influenţă generală şi nu sunt direct aplicabile. Ele nu leagă destinatarii decât în privinţa rezultatului ce trebuie atins.

Intensitatea în ceea ce priveşte uniformitatea dreptului stabilit poate astfel să varieze în funcţie de forma actelor. Totodată, elaborarea celor două forme de acte presupune, pentru domeniile în care acestea intervin, o cunoaştere exactă a structurilor juridice ale statelor membre. Aceasta implică de asemenea o comparare a structurilor juridice naţionale care, de altfel, a avut loc în mai multe domenii.

Cunoaşterea dreptului statelor membre se realizează prin documente, prin studii încredinţate unor experţi naţionali, prin colocvii, seminarii sau zile de studiu în care punctele de vedere naţionale sunt confruntate. Totodată, lucrarea de comparare pare foarte diferită după cum e vorba de acţiunea organelor comunitare sau de pregătirea, de lungă durată, a unei unificări sau armonizări privind domenii în care elementul juridic este preponderent. În prima ipoteză, munca de comparare propriu-zisă este destul de sumară. Motivele sunt evidente. Dreptul comunitar este prin natura sa un *drept instrumental cu caracter economic*. Drept instrumental în măsura în care el este destinat să-şi ofere formele şi regulile sale pentru atingerea unor obiective comune, de natură economică. Normele juridice generale şi uniforme stabilite de regulamente sunt, din punct de vedere tehnic, opera experţilor comunitari, ajutaţi de experţi naţionali. Prin natura lucrurilor, experţii sunt mai mult interesaţi de elaborarea unui compromis între interese politice divergente decât de o comparare sistematică. Ei caută mai puţin să stabilească un fond juridic comun decât să satisfacă interesele comune ale statelor membre. Deci nu soluţia cea mai potrivită, din punct de vedere comparativ, soluţie desprinsă printr-o comparare sistematică, ci soluţia ce reprezintă compromisul cel mai acceptabil sau impus de interesul cel mai puternic este cea care prevalează. De altminteri, constatarea nu este nouă[142].

---

[140] *Oldekop*, **Die Richtlinien der EWG** (Göttingen 1968).

[141] *Léontin-Jean Constantinesco*, op. cit., 77 şi urm.

[142] *Zweigert* (**Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung**, RabelsZ 16, 1951, 388) face aceeaşi constatare în materie de unificare parţială.

Dimpotrivă, în cea de-a doua ipoteză, poate avea loc un travaliu comparativ foarte important. În unele domenii în care problema juridică de rezolvat (în special de armonizat) era în acelaşi timp vastă şi necunoscută în ordinile juridice ale statelor membre, Comisia a încredinţat sarcina de a pregăti terenul unor specialişti sau unor institute de drept comparat. Aceştia au avut prilejul să elaboreze studii minuţioase de drept străin şi de comparare juridică, destinate tocmai să desprindă asemănările şi diferenţele pe care le oferă ordinile juridice ale statelor membre în domeniul cercetat. Acesta a fost cazul, de exemplu, în materie de drept al societăţilor, de recunoaştere reciprocă a societăţilor în sensul articolului 58 alineat 2 al Tratatului CEE, de menţinere a personalităţii juridice în caz de schimbare a domiciliului societăţii, în caz de fuziune a societăţilor supuse diverselor ordini juridice ale statelor membre, pentru dreptul falimentului, pentru recunoaşterea reciprocă şi pentru executarea deciziilor judiciare şi de arbitraj, în materie de proprietate industrială, etc. etc. Nu avem decât să ne gândim la lucrările realizate sub direcţia lui *Eugen Ulmer* în materie de brevete şi de mărci[143]. Prin caracterul lor aprofundat, prin felul în care ele delimitează termenii de comparat şi precizează schema comparativă comună, prin modul în care desprind diferenţele şi asemănările ca să propună soluţiile comune, aceste lucrări sunt exemple în genul lor. Lor trebuie cu siguranţă să le adăugăm marele efort comparativ datorat unor iniţiative individuale şi unor cercetători izolaţi[144]. Obiectivul lor este de a compara diverse probleme juridice comune ordinilor juridice ale statelor membre şi de a pregăti astfel printr-o muncă de pionierat soluţii viitoare de armonizare sau de apropiere juridică.

b) *Rolul comparării în formarea şi dezvoltarea dreptului comunitar.*

Faptul că dreptul comunitar nu s-a dezvoltat lent şi natural, ci a fost elaborat artificial şi dintr-o dată explică de ce ordinea juridică

---

[143] **Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft** (München-Köln) hrsg. von *Eugen Ulmer*: Vol. I, *Eugen Ulmer* (unter Mitwirkung von *Friedrich Karl Beier*) **Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung** (1965); Vol. II, 1. Halbbd., *Gerhard Schricker* şi *Detlef Wunderlich*, **Belgien, Luxemburg** (1967); Vol. II, 2. Halbbd., *Ludwig Baeumer* (unter Mitwirkung von *M.C. van Mauen*), **Niederlande** (1967); Vol. III *Dietrich Reimer*, **Deutschland** (1968); Vol. IV *Rudolf Krasser* (unter Mitwirkung von *Guy Sallerin* und *Urlich Schatz*) **Frankreich** (1967); Vol. V *Gerhard Schricker*, **Italien** (1965). Mai multe din aceste volume sunt deja traduse în limba franceză.

[144] Probabil că ei sunt cei care au făcut cea mai largă şi mai bună aplicare a metodei comparative în acest domeniu. Numărul lor este atât de mare încât orice enumerare este imposibilă.

comunitară nu este nici completă, nici omogenă, nici întotdeauna clară. Am arătat de ce ordinea juridică comunitară nu a putut fi completă de la început. Ordinea aceasta juridică nu este nici omogenă. În punctul ei de plecare, ea reprezintă un acord al partenerilor, având formaţii şi tradiţii juridice diferite, asupra unui scop de atins. În sfârşit, lipsa de claritate se explică aici mai întâi prin însemnătatea obiectivelor de atins, şi prin faptul că formulele Tratatului reflectă adesea mai mult compromisuri între interese divergente decât noţiuni juridice clare. Dar, la ora actuală, ordinea juridică comunitară este unitară şi reprezintă, cel puţin în ceea ce priveşte Tratatul şi regulamentele, un drept uniform în toate statele membre. Ceea ce subliniază importanţa preponderentă a Curţii de Justiţie a Comunităţilor europene în aplicarea, în interpretarea şi în evoluţia dreptului comunitar.

Ţinând seama de aceste caracteristici ale dreptului comunitar, s-a pus întrebarea în ce măsură constituia compararea un instrument în stare să desprindă "principiile generale" sau "principiile comune" ale statelor membre şi să ajute astfel Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene în activitatea sa vizând umplerea lacunelor şi completarea dreptului comunitar. Răspunsurile date au fost divergente[145]. În realitate, prin misiunea sa care este de a aplica şi de a interpreta dreptul comunitar, Curtea nu este obligată să caute, prin comparare, soluţia cea mai potrivită cu ordinile juridice naţionale, deci să aplice soluţia ce reprezintă *cel mai mare numitor comun* din statele membre. Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene are obligaţia de a găsi soluţia ce răspunde cel mai bine scopurilor şi obiectivelor Tratatului înscrise în constituţia sa economică. Soluţia aceasta poate fi foarte diferită de cea pe care o propune compararea prin *cel mai mare numitor comun*. Compararea nu-i poate oferi metodei teleologice[146] decât un ajutor limitat. Desigur, atunci când este necesar, Curtea examinează soluţiile naţionale; ea o face nu pentru a le compara, ci pentru a avea un fel de

---

[145] *K. Wolff* (**Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes**, KSE 1, 199) afirmă că ea, Curtea, îi atribuie comparării un loc important, chiar dacă hotărârile nu se referă la aceasta decât în mod cu totul incomplet. *Lagrange* (KSE 1, 213) afirmă că actul comparării ajută Curtea să aprofundeze noţiunile înscrise în Tratate şi să găsească printre soluţiile naţionale pe cea care este cea mai adaptată speţei. A se vedea de asemenea *Lorenz*, **Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Festschrift für Hans Carl Nipperdey** (München şi Berlin 1965) II, 797 şi urm. (799). A se vedea totuşi rezervele lui *Zweigert* (KSE 1, 204) şi ale lui *Léontin-Jean Constantinesco* (KSE 1, 206).

[146] *Léontin-Jean Constantinesco*, **Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des Etats membres, Actes officiels du Congrès international d'études sur la CECA** (Milano 1957) II, 218 şi urm.; *acelaşi*, KSE 1, 205, 207.

rezervă de soluţii naţionale. Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene este posibil să aleagă dintre aceste soluţii pe aceea care, în perspectiva interpretării teleologice, răspunde cel mai bine nevoii speţei. "Principiile generale" ale statelor membre, precum şi noţiunile juridice comune, constituie, măcar teoretic, pentru Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene, una din sursele cele mai însemnate pentru a întregi şi dezvolta dreptul comunitar. Totuşi, modul în care ea a recurs la anumite "principii generale"[147] ale statelor membre ca să rezolve anumite litigii nu face decât să confirme punctul de vedere conform căruia compararea nu este, pentru Curte, decât o tehnică empirică de uz ocazional şi parţial. Cea mai bună confirmare o aduce Avocatul general *Lagrange* care afirmă: "astfel jurisprudenţa Curţii, în măsura, foarte largă, în care face apel la ordinile juridice naţionale pentru a desprinde regulile de drept relative la aplicarea Tratatului, nu s-ar mulţumi să-şi caute sursele într-un fel de «medie» mai mult sau mai puţin aritmetică între diferitele soluţii naţionale, ci le-ar alege în fiecare din ţările membre pe acelea care, ţinând seamă de obiectivele Tratatului, i-ar părea cele mai bune sau, dacă vrem să folosim cuvântul, cele mai progresiste. De altfel, acesta este spiritul ce a călăuzit Curtea până în prezent"[148].

c) *Principiile comune ale statelor membre ca izvor de drept pozitiv comunitar.*

Aceeaşi constatare poate fi făcută în legătură cu ipoteza specifică în care Tratatul i-a acordat în mod expres Curţii de Justiţie misiunea de a elabora regulile de drept pozitiv aplicabile unor anumite litigii. Acest caz unic se află înscris în articolul 215, alineat 2, al Tratatului CEE[149] care dispune: "în materie de răspundere ne-contractuală, Comunitatea trebuie să repare, conform principiilor generale comune ale ordinilor juridice ale statelor membre, prejudiciile cauzate de instituţiile sale sau de agenţii săi în exerciţiul funcţiunilor lor".

Particularitatea acestei dispoziţii se exprimă prin trei caracteristici. Mai întâi, sistemul răspunderii delictuale a CEE *trebuie* să fie elaborat de Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene. Este singura dată când acest Tratat îi atribuie în mod expres Curţii misiunea de a *elabora* dreptul aplicabil. Apoi, pentru a face acest lucru, Curtea *trebuie* să urmeze indicaţiile ce îi sunt furnizate de "principiile generale comune ale ordinilor juridice ale statelor membre" în materie de răspundere. În sfârşit, şi aceasta rezultă din natura lucrurilor, aceste "principii generale comune" trebuie să fie desprinse prin compararea sistemelor de

[147] În acest sens concluziile lui *Lecheler*, op. cit.

[148] *Lagrange*, **Conclusions générales**, Aff. 14/61, Rec. VIII, 539.

[149] Şi în articolul 188, alineat 2 CEA.

răspundere ale statelor membre. Folosirea permanentă a comparării sistematice a dreptului statelor membre este prescrisă aici în mod implicit, însă coercitiv. Aceasta explică interesul pe care doctrina[150] l-a acordat acestei dispoziţii ce îi rezervă comparării un rol atât de important şi de promiţător. Totuşi, în hotărârea *Plaumann*[151], prima hotărâre importantă în care era pusă problema răspunderii conform acestui articol, Curtea a respins cererea, fără a arăta dacă decizia sa era întemeiată pe principiile răspunderii administrative, comune ordinilor juridice ale statelor membre şi, dacă e cazul, în ce măsură. După cum remarcă *Goffin*[152] şi *Much*[153], surprinzătoarea tăcere a Curţii arată mai degrabă că, în aplicarea articolului 215, alineat 2, Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene se sprijină mai mult pe nevoile specifice ale Comunităţii decât pe principiile comune ale statelor membre. Acest punct de vedere a fost confirmat de hotărârea *Kampffmeyer*[154] care, printre alte probleme importante, punea pentru prima dată chestiunea

---

[150] Cu titlu de exemplu: *Heldrich*, **Die allgemeinen Grundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung in der EWG** (Frankfurt-Berlin 1961); *acelaşi*, **Art. 215 Abs. 2 EWGV ein Irrweg zur europäischen Rechtseinheit**, JZ 1960, 681 şi urm.; *Lorenz*, **General principles of Law: Their elaboration in the Court of Justice of the European Communities**, AJoCL 13 (1964) 1 şi urm.; *Cassoni*, **I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato della Corte di Giustizia delle Communità europee**, Diritto internazionale 13 (1959) 428 şi urm.; *Grisoli*, **Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli Stati della Communità europea in materia di responsabilità extra contrattuale** (Studi Pavia 1963) 217 şi urm.; *Wengler*, **Les conflits de lois et les principes d'égalité**, RGDIP 1963, 203 şi urm., 503 şi urm.; *Goffin*, **Observations: Responsabilité non contractuelle de la CEE**, CDE 1968, 85; *André*, **Konkurrierende Ersatzansprüche vor deutschen Gerichten und dem europäischen Gerichtshof**, NJW 1968, 333; *Jaenicke*, **Die Staatshaftung in rechtsvergleichender Sicht, Haftung des Staates**, 859; *Much*, **Die Haftung der Europäischen Gemeinschaften für das rechtswidrige Verhalten ihrer Organe**, ibid, 723; *Lagrange*, **The Non Contractual Liability of the Community in the E.C.S.C. and in the E.E.C.**, CMLR 3 (1965/66) 32; *Alessandro Migliazza*, **La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et le problème des sources du droit**, Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 12 (1962/63) 341 şi urm.; *J. Rivero*, **Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier**, Annuaire français de droit international 4 (1958) 295-308.

[151] Aff. 25/62, Rec. IX, 211 şi urm.

[152] *Goffin*, CMLR 1963/64, 358; *acelaşi*, **Les Novelles**, Nr. 462, 465.

[153] *Much*, 729.

[154] Afacerile conexate 5, 7 şi 13-24/66, Rec. XIII, 317 şi urm. = EuR 67, 344 cu nota lui *Heldrich* = NJW 1967, 1723 cu nota lui *Bunte* = ZaöRv 28 (1968) 384 cu nota *Jurina* = Cahiers de droit européen 1968, 69 cu nota *Goffin*. Adde EuR 1968, 40 cu nota lui *Ipsen*.

dreptului la reparaţia unui prejudiciu cauzat de mai mulţi coautori. Fără să afirme clar acest lucru, Curtea a respins principiul *reparaţiei in solidum* de către autorii ce au concurat la realizarea aceluiaşi prejudiciu şi s-a raliat principiului *răspunderii parţiale* a unuia dintre coautorii prejudiciului. În acest fel, Curtea a atribuit prioritate, în repartizarea răspunderii statului membru şi organelor sale, rezervând Comunităţii şi organelor sale o răspundere subsidiară. Or, soluţia aceasta este contrară ordinilor juridice ale statelor membre. Într-adevăr, analiza dreptului statelor membre[155] arată că principiul răspunderii parţiale, combinat cu o răspundere subsidiară a Comunităţii, pe care Curtea l-a aplicat în această speţă, nu constituie un "principiu comun" al ordinilor de drept ale statelor membre. Celelalte ordini juridice ale Comunităţii nu cunosc nici caracterul subsidiar al răspunderii pentru culpă în serviciu în raport cu *Erstattungsforderung*, aşa cum se întâmplă în dreptul german. Din contră, examinarea ordinilor juridice ale statelor membre dovedeşte că toate aceste ordini de drept prescriu, în ceea ce priveşte reparaţia, atunci când acelaşi prejudiciu a fost cauzat de mai mulţi autori, principiul răspunderii *in solidum*; acest principiu, în acelaşi timp "general şi comun", este pretutindeni înţeles în acelaşi fel. În raporturile exterioare dintre coautori şi victimă, aceasta din urmă se poate adresa, la alegere, unuia sau altuia dintre coautori pentru a obţine repararea integrală a prejudiciului. În continuare şi în raporturile reciproce dintre coautori, intervine o împărţire ce se face, în principiu, în funcţie de importanţa culpei fiecăruia. Aceasta este şi soluţia pe care Curtea de Justiţie a Comunităţilor europene *ar fi trebuit* să o adopte în această hotărâre dacă ea ar fi aplicat dispoziţiile articolului 215, alineat 2, din Tratat. Dar ea nu a procedat nicidecum la compararea între ordinile juridice ale statelor membre care, în acest domeniu, este implicită, însă nu obligatorie.

127. Dreptul comparat şi dreptul internaţional privat[156]

Dreptul comparat şi dreptul internaţional privat se apropie şi se îndepărtează unul de altul din mai multe puncte de vedere importante. Ele se apropie în măsura în care îşi datorează, amândouă, existenţa di-

[155] În acest sens *André*, 332; *Ipsen*, loc. cit.

[156] Nu este vorba nici de a relua nici de a aprofunda această problemă, ci de a da câteva indicaţii succinte.

versităţii dreptului intern al statelor. Dacă diversitatea aceasta ar lipsi[157], nu ar exista nici o raţiune de a fi pentru dreptul comparat nici pentru dreptul internaţional privat. Cu toate acestea, ele se opun în măsura în care dreptul internaţional privat constituie o ramură a dreptului pozitiv al fiecărei ordini juridice având un scop practic: acela de a reglementa relaţiile internaţionale afectate de diversitatea dreptului material al statelor. Scopul său este de a răspunde la întrebarea de a şti care reguli ale ordinilor juridice se aplică într-un caz concret ce are componente internaţionale. Dimpotrivă, dreptul comparat nu este şi nu va fi niciodată o ramură a dreptului pozitiv. Ca metodă, el poate sluji atât scopuri practice cât şi teoretice; ca Ştiinţă a dreptului comparat, el constituie sau va constitui o ramură eminamente teoretică a ştiinţei juridice. Apoi, deşi având funcţii diferite, cele două discipline juridice se apropie din nou în măsura în care sunt afectate de un element internaţional ce le face să iasă din limitele dreptului naţional. Metoda comparativă constituie metoda prin excelenţă a dreptului internaţional privat şi a Ştiinţei dreptului comparat. Raporturile strânse dintre dreptul internaţional privat şi dreptul comparat arată de ce rolul şi funcţia metodei comparative în dreptul internaţional privat au fost deseori examinate[158].

---

[157] Dificultăţile ce rezultă din aceste diferenţe demonstrează că unificarea în acest domeniu este o necesitate certă. Dată fiind dificultatea de a realiza unificarea materială, se încearcă remedierea acestui lucru întreprinzând măcar unificarea regulilor de conflict. Evoluţia acestui vast proces nu va fi examinată aici. A se vedea în această privinţă *Ph. Francescakis*, **Droit international privé comparé, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international** (Paris 1968) I, Nr. 130 şi urm., p. 684, precum şi voluminoasa bibliografie dată de *G. Kegel*, **Internationales Privatrecht** (München şi Berlin, ed. a 3-a 1971) 27.

[158] Cu titlu de exemplu: *Fedozzi*, **Uffizio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato**, Archivo giuridico "Filippo Serafini" 10 (1902) 225 şi urm.; *F. Kahn*, **Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé**, BSLC 22 (1899/1900) 406 şi urm. = **Procès-verbaux**, II, 317 şi urm. = **Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in Bezug auf das internationale Privatrecht, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht** (editat de Lenel şi Lewald, München 1928) I, 491 şi urm.; *Lévy-Ullmann*, **Rapports du droit international privé avec le Droit comparé**, BSLC 61 (1931/32) 205 şi urm.; *Balogh*, **Le rôle du droit comparé dans le droit international privé**, RCADI 57 (1936) 577 şi urm.; *E. Rabel*, **Das Problem der Qualifikation**, RabelsZ 5 (1931) 241 şi urm. = RIDP 28 (1933) 1 şi urm. = Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale 2 (1932) 97 şi urm.; *Makarov*, **Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung** (Tübingen 1944); *Braga*, **Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung und das IPR**, Annales Universitatis Saraviensis IV (1955) 3 şi urm.; *Valindas*, **Droit uniforme international et droit comparé, Jus et Lex, Hommage à Max Gutzwiller** (Basel 1959) 189 şi urm.; *Valladão*, **Private International Law, Uniform Law and Comparative Law, Festschrift Yntema**, 98 şi urm.; *Ph. Francescakis*, loc. cit., 674 şi urm.

Desigur, dreptul internaţional privat este tributar dreptului intern căruia îi împrumută conceptele şi construcţiile juridice. El este însă tributar şi comparării în măsura în care trebuie să încadreze şi să cuprindă concepte şi noţiuni străine în concepte ale dreptului naţional, sau în construcţii de ansamblu[159]; ca să ajungă la calificare sau să rezolve conflicte de calificare. Noţiunile de reguli de conflict sunt, în principiu, împrumutate din dreptul intern. Dar aceste concepte trebuie tocmai să depăşească limitele şi structurile noţiunilor juridice ale dreptului intern şi să ţină seamă de elementele pe care le prezintă noţiunile respective în alte ordini juridice străine. Aici compararea devine indispensabilă.

Regulile de conflict de legi, devenite în cazul a numeroase ordini juridice drept pozitiv începând cu codificările din secolele XVIII şi XIX, au deschis calea particularismului, luând locul universalismului abstract de tip *mancinian*. Integrarea regulilor de conflict de legi în codurile naţionale a dus la "naţionalizarea" dreptului internaţional privat, stabilind bazele unei comparări efective[160]. În timpul primei faze, particularismul şi pozitivismul au fost preocupate mai ales să afirme caracterul naţional al regulilor de conflict de legi[161]. Cu toate acestea, între cele două războaie mondiale, autorii elveţieni şi germani îndeosebi au început să lămurească soluţiile naţionale prin compararea cu soluţiile echivalente ale altor legi.

Compararea joacă un rol important în interpretarea regulilor naţionale de conflict de legi. Deja, pentru a rezolva problema calificării trebuie început prin a compara regulile de conflict de legi ale ordinilor juridice de faţă. Mai multe teorii sunt oferite pentru a realiza calificarea. Totuşi, oricare ar fi teoria urmată - cea a *lex fori*, cea a *lex causae*, cea a metodei autonome de interpretare sau cea a calificării dreptului internaţional privat[162] - condiţia prealabilă a aplicării fiecăreia din ele este examenul comparativ, recunoscut în mod explicit sau admis în mod implicit.

Înşişi primii reprezentanţi ai particularismului şi promotorii, în doctrină[163], ai teoriei *lex fori* nu erau toţi complet închişi faţă de dreptul comparat. Poziţia lui *Bartin*, în Franţa[164], în schimb, este cu desăvârşire

---

[159] *Ph. Francescakis*, Nr. 71 şi urm.

[160] *Boris Nolde*, **La codification du droit international privé**, RCADI 55 (1936) I, 308 şi urm.; *M. Gutzwiller*, **Le développement historique du droit international privé**, RCADI 29 (1929) IV, 332 şi urm.; *Makarov*, 10 şi urm.

[161] A se vedea autorii citaţi în nota precedentă şi mai recent *H. Batiffol*, **Les apports du droit comparé au droit international privé, Livre du Centenaire**, I, 132 şi urm.

[162] *Kegel*, 114 şi urm.

[163] În practică, calificarea constituie un procedeu mai vechi.

[164] A se vedea exemplele date de *M. du Pontavice* citate de *Batiffol*, 132, nota 1.

închisă faţă de comparare. Dimpotrivă, recunoscând că regulile de conflict de legi erau naţionale, *Kahn*[165] susţinea, în Germania, un punct de vedere mai deschis comparării. El admitea că, atunci când era vorba de o instituţie străină, necunoscută de *lex fori*, trebuia să se cerceteze dacă aceasta din urmă cunoştea o instituţie juridică similară sau echivalentă. În acest caz, trebuia rezolvată problema făcând să intervină această instituţie echivalentă a *lex fori*. Dar tocmai echivalenţa aceasta a noţiunilor şi instituţiilor juridice în mai multe ordini juridice nu putea fi stabilită decât prin compararea lor. Astfel compararea constituie, chiar şi pentru teoria aceasta, care este cea mai reticentă şi care poate să fie considerată ca dominantă încă astăzi, o operaţie necesară interpretării regulilor de conflict de legi.

Desigur, a treia teorie este cea care îi rezervă comparării, în această materie, rolul fundamental[166]. Potrivit lui *Rabel*, întemeietorul ei, cel puţin formal[167], nevoile specifice ale dreptului internaţional privat îl obligă să-şi stabilească propriile sale concepte. Regulile de conflict de legi nu pot fi elaborate pornind de la concepte naţionale. Atunci când regula conflictuală franceză supune încheierea căsătoriei legii naţionale, ea înţelege prin căsătorie o uniune monogamă şi care nu poate fi desfăcută prin voinţa unilaterală a unuia dintre soţi. Alte ordini juridice cunosc însă căsătorii poligame, repudieri unilaterale, neveste de "rangul doi", cum au existat în China, sau uniuni temporare, ca în Japonia. În aceste cazuri, e vorba oare de căsătorii ce pun în cauză statutul personal sau de concubinaje ce nu dau posibilitatea reparaţiei în dreptul francez decât în anumite cazuri[168]? După părerea lui *Rabel*, dreptul internaţional privat trebuie să fie eliberat de conceptele din *lex fori*, pentru a realiza, prin comparare, concepte juridice autonome şi supranaţionale, în stare tocmai să înglobeze instituţiile juridice străine,

---

[165] *Franz Kahn* (**Procès-verbaux**, II, 317 şi urm.) afirma că viitorul nu aparţine nici uneia dintre cele două metode, naţională şi internaţională, care se înfruntă în dreptul internaţional privat, ci unei a treia, metoda comparativă. De altminteri aceasta nu constituie o inovaţie întrucât ea este cunoscută de mult timp în dreptul internaţional privat. Aceasta va lua de la metoda naţională baza pozitivă şi de la cea internaţională, ideea de armonie a legilor.

[166] A se vedea *Makarov*, 34 şi urm.

[167] A se vedea articolul lui *Rabel*, citat la nota 158. Problema de a şti dacă se poate vorbi "de o a treia şcoală" poate rămâne deschisă. A se vedea *Zweigert*, **Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, Hommage à Leo Raape** (Hamburg 1948) 35 şi urm. şi critica acerbă a lui *Lewald*, **Eine "Dritte Schule im internationalem Privatrecht"**, NJW 1949, 644 şi urm. Trebuie adăugat răspunsul nuanţat al lui *Batiffol*, 133, nota 4; *Esser*, 337 şi urm.

[168] *Batiffol*, **Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit**, RIDC 22 (1970) 666.

necunoscute unei ordini de drept date[169]. În ciuda partizanilor săi[170], teoria lui *Rabel* nu a fost în general acceptată. Totuşi, lui *Rabel* i se datorează lucrarea cea mai importantă asupra conflictelor de legi concepută în mod comparativ[171]. Chiar dacă nu în mod autonom, aşa cum preconiza *Rabel*, conceptele prin care se realizează calificarea sunt dobândite prin comparare. În acest fel, se pot depăşi structurile şi funcţiile conceptelor naţionale pentru a putea încadra şi apropia instituţii juridice străine, doar echivalente sau corespondente.

Compararea mai joacă un rol şi în alt domeniu. Atunci când interpretarea regulilor de conflict de legi a ajuns să precizeze ordinea juridică ce este competentă, interpretarea regulilor materiale aplicabile *in casu* cere de asemenea un travaliu comparativ. În numeroase cazuri, trebuie să se ştie dacă noţiunile, procedeele sau instituţiile juridice făcând parte din ordinea juridică străină, aplicabilă *in casu*, corespund conceptelor şi noţiunilor dreptului naţional. Aceasta pune problema transpunerii, sau adaptării juridice a normei străine, ceea ce necesită, din nou, compararea juridică. Aşa se întâmplă ori de câte ori o instituţie juridică străină trebuie să fie aplicată într-o ordine juridică ce nu o cunoaşte. Astfel, de pildă, atunci când instituţia engleză *mortgage* trebuie să fie aplicată unor imobile ce se află în Franţa, noţiunea engleză trebuie transformată într-o noţiune echivalentă, care este aceea a ipotecii franceze[172]. Este de asemenea cazul instituţiei *trust* în raport cu noţiunile echivalente ale ordinilor juridice europene. Tot astfel, cazul noţiunii de *ordine publică*, înţeleasă ca un ansamblu de principii, chiar ne-scrise, ce împiedică aplicarea unei legi străine făcută totuşi aplicabilă de *lex fori*. Regula de drept material străină aplicabilă, conform regulilor dreptului internaţional privat, în dreptul naţional, trebuie să fie comparată cu regula materială naţională echivalentă, înainte de a şti dacă ea este contrară sau nu ordinii publice.

Totodată, tehnica adaptării constituie probabil exemplul cel mai frapant al aplicării metodei comparative în dreptul internaţional privat[173].

---

[169] Ideea aceasta a cântărit ca o ipoteză îndeosebi asupra unei părţi a doctrinei germane care vrea să-i atribuie metodei comparative funcţia de a desprinde o ştiinţă juridică, bazată pe asemenea noţiuni supra-naţionale. A se vedea **supra**, Nr. 119.

[170] A se vedea *Makarov*, 36.

[171] *Rabel*, **The Conflict of Laws. A Comparative Study** (Ann Arbor: University of Michigan Law School) vol. 1, ed. a 2-a, 1958; vol. 2, ed. a 2-a, 1960; vol. 3, ed. 1, 1950; vol. 4, ed. 1, 1958).

[172] A se vedea îndeosebi *Hans Lewald*, **Règles générales des conflits de lois**, RCADI 69 (1939) III, 5 şi urm. (126 şi urm.).

[173] A se vedea *Kegel*, 125 şi urm.

Dacă mai multe ordini juridice concurează şi oferă soluţii parţiale, ce rezolvă, fiecare, câte un alt aspect al aceluiaşi litigiu concret, se poate ca aceste soluţii parţiale să fie în dezacord sau să se contrazică, astfel încât, în ansamblu, ele să ducă la un rezultat absurd. Într-o astfel de ipoteză, trebuie să se procedeze la o *adaptare*[174] sau la o *apropiere* a diverselor soluţii naţionale parţiale, iar aceasta prin comparare. Foarte adesea, rezultatul unei asemenea operaţii nu corespunde nici uneia dintre regulile juridice naţionale, luate individual; el constituie o sinteză finală, consecinţa combinată, dobândită cu ajutorul comparării. Este aici probabil singurul exemplu în care sinteza comparativă duce la o regulă juridică pozitivă, aplicabilă unui litigiu concret.

128. Funcţia comparării cu prilejul receptării şi interpretării dreptului străin primit

Receptarea, sub diferitele sale forme, reprezintă un fenomen vechi, des întâlnit în viaţa juridică a popoarelor. În mod tradiţional, problemele pe care ea le pune au fost rezolvate în chip empiric. Abia de curând juriştii au început să se intereseze, ştiinţific, de aceste probleme. Dacă există numeroase studii asupra diverselor receptări privite în unitatea lor[175], un studiu de ansamblu şi comparativ, hărăzit să desprindă elementele comune, lipseşte[176]. Tot astfel lipseşte un studiu[177] având scopul de a

---

[174] A se vedea *Kegel*, 125 şi urm.

[175] Astfel, de exemplu, receptarea ordinilor juridice occidentale în Japonia a fost adesea analizată. Ea nu va fi examinată aici. Facem trimitere la principalele studii întreprinse în literatura juridică franceză şi germană: *Gorai*, **L'influence du Code civil sur le Japon, Livre du Centenaire** (Paris 1904) II, 781 şi urm.; *Ishimoto*, **L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais**, RIDC 5 (1954) 744 şi urm.; *Yosiyuki Noda*, **Introduction au droit japonais** (Paris 1966); *acelaşi*, **Le développement du droit comparé depuis 1868 et la situation actuelle des études comparatives du droit au Japon, Livre du Centenaire**, II, 411 şi urm.; *Wilhelm Röhl*, **Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht** (Frankfurt, Berlin 1959); *Hideo Nakamura*, **Die Rezeption des deutschen Rechts in Japan**, ZZP 84 (1971) 74 şi urm.; *Z. Kitagawa*, **Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan** (Frankfurt, Berlin 1970). În acest studiu substanţial *Kitagawa* ia poziţie faţă de toate problemele metodologice pe care le pune receptarea.

[176] În acest sens mai ales *Imre Zajtay*, **Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung**, AcP 156 (1957) 361 şi urm. (368) = **La réception des droits étrangers et le droit comparé**, RIDC 9 (1957) 686 şi urm.; *acelaşi*, **La réception globale des droits étrangers, Rapport présenté au VIIe Congrès international de droit comparé (Pescara 1970) (Etudes de droit contemporain**, Paris 1970) 31 şi urm.; *acelaşi*, **Zum Begriff der Gesamtrezeption fremder Rechte**, AcP 170 (1970) 265 şi urm. Lucrarea lui *Paul Koschaker* (**Europa und das römische Recht**, München, Berlin, ed. a 2-a, 1953) constituie o excepţie, de altfel limitată la recep tarea dreptului roman în principalele ţări din Europa occidentală. A se vedea de

preciza rolul ce-i revine comparării în momentul receptării dreptului străin şi al interpretării sale.

Fenomenul este complex, deoarece el se realizează pe planul juridic, însă pe baza unei decizii şi într-un cadru social ce pot fi foarte diverse[178]. Probleme apar pe fiecare din aceste planuri, întrucât receptarea depinde nu numai de forma pe care ea o poate lua, ci şi de o serie întreagă de elemente imprevizibile meta-juridice care, de obicei, condiţionează acest proces.

Dacă prin receptare se înţelege adoptarea de către o ordine juridică a regulilor, noţiunilor şi instituţiilor aparţinând alteia[179], atunci nu suntem în prezenţa receptării când "instituţii similare sau aproape identice au fost create în climate juridice diferite independent unele de altele"[180].

Receptarea poate să fie realizată conştient, ca de pildă reluarea codului civil elveţian de către Turcia, sau inconştient, ca de pildă receptarea dreptului roman în Germania; ea poate fi voluntară sau impusă[181].

În istoria modernă a dreptului se pot constata, în mod general, trei mari mişcări de receptare: receptarea dreptului roman în Europa[182],

---

asemenea *Andreas B. Schwarz*, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung**, 3 şi *M. Rheinstein*, **Types of Reception**, AnFD Istanbul 6 (1956) 31 şi urm.

[177] Numai acest aspect al problemei va fi examinat aici, de altminteri în mod global şi numai cu ajutorul exemplului turc.

[178] Importanţa realităţii sociologice este fundamentală pentru orice receptare. Ea subliniază interesul pe care îl prezintă elementul sociologic pentru comparare.

[179] A se vedea *Max Rheinstein*, **Types of Reception**, 31 şi urm.

[180] *Rheinstein*, **Types of Reception**, 32; a se vedea şi **supra**, Nr. 103.

[181] Faptul că o ordine juridică străină a fost acceptată voluntar sau impusă constituie un element important pentru receptare. A se vedea în acest sens *Rheinstein*, (**Types of Reception**, 33). Totodată, nu trebuie să ignorăm faptul că o ordine juridică, impusă iniţial, poate să fie după aceea acceptată. Astfel este neîndoielnic că, de pildă, Codul civil a fost acceptat în Belgia, deşi el a fost introdus după cucerirea ţării respective de către Napoleon. Acceptarea anumitor dispoziţii ale dreptului englez în India nu poate fi tratată în mod diferit în funcţie de faptul că Prinţul respectiv colabora cu puterea colonială engleză sau că el fusese constrâns să introducă norma juridică avută în vedere. De altfel, acest aspect al problemei îşi pierde importanţa dacă, de acord cu *Ernst Hirsch* (**Die Rezeption fremden Rechts als sozialer Prozess, Festgabe für Bulow**, Berlin 1960, 121 şi urm.), admitem că nu actul reluării unei norme străine, ci acela al asimilării constituie criteriul receptării. A se vedea de asemenea *Andreas B. Schwarz*, **Rechtsgeschichte und Gegenwart, Rezeption und Assimilation** (Karlsruhe 1960) 149 şi urm. = **La réception et l'assimilation des droits étrangers (Recueil Lambert)** II, 581 şi urm.

[182] A se vedea îndeosebi lucrarea citată mai sus a lui *Koschaker* şi articolele publicate în **Europa e il Diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker** (Milano 1954) 2 vol. Aceste articole întregesc studiul lui *Koschaker* examinând receptarea dreptului roman făcută de alte ordini juridice europene (cu titlu de exemplu: *R. Taubenschlag* pentru Polonia; *R. Feenstra* pentru Ţările de Jos; *S. von Bolla* pentru Boemia; *E. Weiss*, pentru Austria).

receptarea codului civil francez în secolul XIX în lume[183], şi, în cele din urmă, receptarea dreptului european de către statele africane şi asiatice[184].

În ceea ce priveşte proporţiile receptării, trebuie de asemenea să distingem trei tipuri. Cea mai largă şi cea mai problematică este *receptarea globală* a întregului sau a unui cod ca, de pildă, receptarea codului civil elveţian de către Turcia sau a codului civil francez de către Belgia[185], Luxemburg şi Olanda sau chiar de către România[186]. Al doilea tip îl formează *receptarea parţială* ce se limitează la adoptarea instituţiilor juridice ale unor legi întregi. Este cazul, de exemplu, al adoptării legii germane privind societăţile anonime şi societăţile cu răspundere limitată de către mai multe ordini juridice din Europa şi din America de Sud. Al treilea tip este cel al *receptării eclectice* care se caracterizează prin faptul că statul receptor preia diverse părţi ale aceleiaşi instituţii juridice sau ale aceluiaşi cod de la mai multe state şi ordini juridice. Exemplele sunt numeroase şi nu avem decât să menţionăm receptarea ordinilor juridice europene în China[187], în Etiopia[188] dar şi elaborarea mai multor coduri şi legi noi în Europa[189]. Este evident că, pentru fiecare din cele trei tipuri de receptare, motivele ce au dus la receptare, lucrările pregătitoare precum şi greutăţile ce trebuie învinse sunt diferite[190]. Din toate acestea, rezultă că rolul ce îi revine comparării este deosebit în

---

[183] În privinţa acestei probleme, a se vedea mai ales rapoartele publicate în **Travaux de la Semaine internationale de droit, Paris 1950** (Paris 1954).

[184] Studierea acestei probleme se află încă la începuturile ei.

[185] A se vedea rapoartele publicate în **Travaux de la Semaine internationale de droit**: *Pierre de Harven* (Belgia) 604 şi urm.

[186] A se vedea mai ales *Léontin-Jean Constantinesco*, **Le Code civil et son influence en Europe (Roumanie)** 664 şi urm.

[187] A se vedea *Karl Bünger*, **Die Rezeption des europäischen Rechts in China, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Beiträge zur Rechtsforschung**, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländiches und internationales Privatrecht (Tübingen 1950) 166 şi urm.; *Roscoe Pound*, **Comparative Law and History as Basis for Chinese Law**, HarvLR 61 (1947/48) 749 şi urm.

[188] A se vedea îndeosebi *Peter H. Sand*, **Die Reform des äthiopischen Erbrechts - Problematik einer syntetischen Rezeption**, RabelsZ 34 (1969) 413 şi urm.; *René David*, **A Civil Code for Ethiopia - Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries**, TLR 37 (1963) 187 şi urm.; *acelaşi*, **Le Code civil éthiopien de 1960**, RabelsZ 26 (1961) 668 şi urm.; *acelaşi*, **Les sources du code civil éthiopien**, RIDC 14 (1962) 497 şi urm.

[189] A se vedea, de exemplu, în ceea ce priveşte Polonia, *Roman Longchamps de Berier*, **Le nouveau code polonais des obligations**, BSLC 64 (1934-1935) 329 şi urm.

[190] Este ceea ce afirmă şi *Zajtay*, RIDC 9 (1957) 687 şi urm.

fiecare din cele trei ipoteze. Atunci când este vorba de o receptare globală, consideraţiile non juridice[191] şi mai ales motivele politice au o importanţă predominantă. Reforma realizată sub presiunea epocii[192] şi prin voinţa lui *Kemal Atatürk* viza să laicizeze şi să modernizeze dreptul turc[193]. O comparare între Codul civil elveţian şi dreptul turc, înaintea receptării, nu a avut loc[194]. Codul civil a fost chiar votat în bloc[195] şi nicidecum articol cu articol[196]. De altminteri, alegerea Codului civil elveţian nu a fost făcută fiindcă acest cod se adapta perfect raporturilor sociale din Turcia, ci fiindcă Ministerul Justiţiei avea impresia că acest cod era "cel mai nou şi cel mai complet, o operă de civilizaţie"[197].

---

[191] Este de asemenea cazul în ceea ce priveşte România. *Léontin-Jean Constantinesco* (loc. cit., 677): "A introduce legea cea mai modernă, a adopta instituţiile cele mai înaintate, a copia codul cel mai bun nu însemna numai a atinge idealul de perfecţiune ce obsedează natura omenească, ci şi a micşora prin salturi întârzierea cu ajutorul căreia vitregiile istoriei nu au încetat să bareze calea progresului".

[192] La Conferinţa de pace de la Lausanne, reprezentanţii guvernului turc se angajaseră să renunţe la sistemul capitulaţiilor şi să reformeze ordinea lor juridică pentru a edifica o justiţie liberă de orice intervenţie străină. Comp. *Neumayer-Dopffel*, **Ein Jahrhundert türkischer Rezeptionsgeschichte**, AnFD Istanbul 6 (1956) 53 şi urm. (58). De asemenea în China reforma legislativă se realizase sub presiunea politică străină. În tratatul de comerţ din 5 februarie 1902, Marea Britanie promisese să renunţe la drepturile sale extrateritoriale de îndată ce starea legislaţiei chineze ar oferi o garanţie suficientă. La această promisiune s-au raliat alte puteri, printre care Statele Unite şi Japonia. Comp. *Bünger*, 170.

[193] Comp. expunerea de motive la proiectul de lege al Codului civil şi al Codului obligaţiilor turceşti reprodus de *E. Hirsch*, **Vier Phasen im Ablauf eines zeitgenössischen Rezeptionsprozesses**, ZvglRwiss 69 (1967/68) 182 şi urm. (184 şi urm.); a se vedea de asemenea *Nail Kubali*, **Les facteurs déterminants de la réception en Turquie et leur portée respective**, AnFD Istanbul 6 (1956) 44 şi urm.; *Ilhan E. Postacioglu*, **Quelques observations sur la technique des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque**, AnFD Istanbul 6 (1956) 63 şi urm. (64). În ceea ce priveşte importanţa dreptului islamic în momentul reformei comp. *Hifzi Timur*, **The peace of Islamic Law in Turkish Law Reform**, AnFD Istanbul 6 (1956) 75 şi urm.

[194] Acelaşi lucru trebuie constatat şi în cazul României: *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit.

[195] Totodată, cu unele mici modificări, a se vedea *Bülent Davran*, **Bericht über die Anderungen im türkischen ZGB gegenüber dem schweizerischen, verbunden mit einigen Bemerkungen über den Sinn der Rezeption**, AnFD Istanbul 6 (1956) 131 şi urm.; *K. Lipstein*, **The Reception of Western Law in Turkey**, AnFD Istanbul 6 (1956) 11 şi urm. (16 şi urm.).

[196] A se vedea *Davran*, **Anderungen**, 131.

[197] Expunerea de motive la proiectul de legi, op. cit., 185. A se vedea de asemenea *K. Lipstein*, **The Reception**, 12 şi urm. Aceasta nu înseamnă nicidecum că opinia lui *Koschaker* (138), potrivit căreia receptarea unei ordini juridice nu

Dacă în momentul acestei receptări globale nu au fost întreprinse studii comparative, este totuşi interesant de ştiut dacă asemenea studii ar fi trebuit să fie făcute. Evident că receptarea Codului civil elveţian în Turcia a dus la o serie de dificultăţi. De altfel, anumite dispoziţii ce nu se potrivesc cu sentimentul de justiţie al Turciei sau care erau în contradicţie prea directă cu unele cutume prea ancorate în viaţa socială nu au fost aplicate sau au fost abolite şi înlocuite cu altele[198]. E de la sine înţeles că, cu cât distanţa socială şi juridică dintre două state este mai mare, cu atât mai mult receptarea globală reprezintă, pentru ţara receptoare, o decizie politică ce exclude, cel mai adesea, cercetările comparative[199]. Reînnoirea revoluţionară a ordinii juridice pe care statul turc o urmărea nu putea fi atinsă decât în măsura în care el se elibera de vechiul său drept. Într-o astfel de ipoteză, chiar o măsură foarte bruscă, aşa cum a fost aceea luată de Turcia[200], care a ignorat dinadins

---

constituie o "Qualitätsfrage" ci o "Machtfrage", este inexactă. În acest caz e vorba pur şi simplu de o putere civilă. Comp. de asemenea *Zajtay*, RIDC 9 (1957) 686 şi urm.; *Ferid Ayiter*, **Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive, "Europa und das römische Recht" und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption westeuropäischer Gesetzbücher in der modernen Türkei, Studi Koschaker**, Vol. II, 133 şi urm. (146). Aceeaşi constatare poate fi făcută în ceea ce priveşte receptarea ordinilor juridice europene în China, a se vedea *Bünger*, 178.

[198] A se vedea *Hilmi Ziya Ulken*, **Le droit coutumier et le droit civil**, AnFD Istanbul 6 (1956) 89 şi urm. Vechile cutume nu au fost luate în seamă. De altminteri reforma viza realizarea în acelaşi timp a unei unificări juridice. A se vedea *Neumayer-Dopffel*, 56.

[199] Aceeaşi constatare trebuie făcută în ceea ce priveşte domeniul juridic în care se realizează receptarea. În mod general se poate afirma că domeniile juridice cele mai prielnice pentru receptare sunt cele ce prezintă cele mai puţine dificultăţi în caz de unificare juridică. Greutăţile juridice cele mai mari au apărut în Turcia în domeniul dreptului familiei, fie pentru că normele juridice primite se deosebeau de vechile tradiţii ca, de pildă, forma religioasă a căsătoriei sau poligamia (cf. *Z.F. Findikoglu*, **Special Aspects of the Turkish Reception of Law**, AnFD Istanbul 6, 1956, 155 şi urm.; *Hifzi Timur*, **De la publication et de la célébration du mariage en Turquie**, AnFD Istanbul 6, 1956, 166 şi urm.), fie pentru că instituţii juridice profund ancorate în tradiţia turcă nu erau reglementate în noul Cod. A se vedea în acest sens *Bülent Davran*, **Die Rechtsstellung der Pflegekinder und die Rezeption des Schweizer Zivilgesetzbuches**, AnFD Istanbul 4 (1954) 405 şi urm. A se vedea de asemenea *Ilhan E. Postacioglu*.

[200] Juriştii turci subliniază că modernizarea şi laicizarea nu au început odată cu Ataturk; acesta nu a făcut decât să ducă la capăt reformele începute de Tanzimat la mijlocul secolului XIX. În acest sens în mod foarte amănunţit *Hifzi Veldet Velidedeoglu*, **De certains problèmes provenant de la réception du Code civil suisse en Turquie**, AnFD Istanbul 6 (1956) 99 şi urm.; a se vedea de asemenea *Kubali*, 44 şi urm.; *Mustafa Resit Belgesay*, **La réception des lois étrangères en**

vechiul drept turc, poate fi recomandabilă. Ordinea juridică a unui stat nu este doar oglindirea realităţii sale sociale, ci şi expresia năzuinţelor şi idealurilor sale sociale[201]. Problema de a şti care din cei doi factori are preponderenţă depinde în principal de starea evoluţiei sociale a populaţiei şi de voinţa de reformă a legiuitorului[202]. Ordinea juridică primită are o funcţie educativă[203] în măsura în care răspunde noilor idealuri şi aspiraţiilor sociale.

În aceste condiţii, receptarea dreptului străin reprezintă mai puţin acceptarea reglementării juridice a unor anumite raporturi sociale decât adoptarea unor idealuri sociale, cuprinse într-o reglementare juridică[204]. Oricum, nu trebuie să ignorăm că şi aici există o serie întreagă de nuanţe posibile. Dacă ordinea juridică primită are o formaţie educativă, atunci asimilarea reprezintă, în momentul receptării, mai mult o problemă sociologică şi mult mai puţin un proces juridic[205]. De aceea, o analiză comparativă, dacă trebuie să aibă loc, trebuie în mod necesar să înglobeze examinarea aspectului sociologic. Un examen comparativ limitat doar la aspectul juridic ar trece pe lângă obiectivul reformei.

Turquie, AnFD Istanbul 6 (1956) 93; *Neumayer-Dopffel*, 54. Cu siguranţă că eforturile de modernizare sunt mai vechi. Totuşi marea ruptură cu trecutul, pe plan juridic şi în conştiinţa populaţiei, se datorează reformelor lui Ataturk.

[201] A se vedea de asemenea *Ernst E. Hirsch* (**Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 337 şi urm.), potrivit căruia receptarea nu constituie reluarea unui sistem juridic în forma codurilor sau a instituţiilor juridice, ci importarea "unor concepţii juridice, a unor idei, idealuri şi teorii venind din străinătate".

[202] Este evident că într-o ţară cum este Turcia, alcătuită dintr-o populaţie citadină luminată şi o populaţie ţărănească subdezvoltată, ordinea juridică va corespunde stării sociale a celei dintâi şi trebuie să se impună tendinţei tradiţionaliste şi conservatoare a celei de-a doua părţi a populaţiei. În acest sens *Neumayer-Dopffel* (55) considera din acest punct de vedere că receptarea juridică realizată de Turcia constituie o revoluţie spirituală făcută de o elită intelectuală şi spirituală. Comp. în acest sens expunerea de motive a proiectului de legi (op. cit. 186) care precizează: "A rămâne în mod necondiţionat legat de obicei şi de tradiţie reprezintă o teorie ce ascunde primejdia de a le interzice orice pas înainte oamenilor care în lupta lor pentru existenţă vor să iasă din raporturile cele mai primitive". Şi în România reforma progresivă pe care o reprezintă introducerea Codului civil în secolul trecut constituie opera unei elite intelectuale şi spirituale. Comp. *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit., 671 şi urm.

[203] A se vedea *Bülent Davran* (**Anderungen**, 133) potrivit căruia receptarea Codului civil trebuia să introducă anumite structuri sociale. A se vedea *Ulken* (90) potrivit căruia "orice reformă nu poate fi realizată decât dacă ea este însoţită de o anumită evoluţie a existenţei sociale; în timp ce această evoluţie îi dă reformei o putere vitală, din contră reformele fac să progreseze condiţia socială". *Hali Arslanli* (**De l'effet d'une norme interprétative du droit suisse**, AnFD Istanbul 6 (1956, 124 şi urm.) se îndoieşte că legiuitorul turc a reuşit să facă faţă acestei exigenţe.

[204] În acest sens *Davran*, **Anderungen**, 141.

[205] În acest sens *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit., 676 şi urm.; *Sand*, 414; a se vedea de asemenea *Ernst Hirsch*, **Die Rezeption**, 121 şi urm.

Problema se pune în termeni deosebiţi în cazul receptării eclectice. Examenul comparativ, de altminteri limitat la ordinile juridice care au fost alese, se dovedeşte a fi inevitabil[206] atunci când proiectul de legi unitare pe care vrem să-l introducem este constituit din împrumuturi luate din diverse ordini juridice. Într-adevăr, în ipoteza aceasta, numai cu ajutorul comparării putem decela diferenţele ce există între dispoziţiile ce reglementează aceeaşi instituţie juridică în mai multe ordini juridice şi evita contradicţiile în interiorul operei legislative avute în vedere. De altfel, asemenea studii comparative au fost deseori întreprinse în caz de receptare eclectică. Aceasta se datorează cel mai des faptului că mari specialişti europeni[207] sau americani[208] au fost însărcinaţi cu misiunea de a concepe şi elabora coduri. Chestiunea de a şti în ce măsură studiile comparative trebuie să cuprindă dispoziţiile juridice ale ordinii de drept care realizează receptarea constituie o problemă de natură mai curând politică, depinzând de scopurile politice ce se urmăreşte a fi atinse prin reformă[209] precum şi de caracterul, mai mult sau mai puţin revoluţionar, ce se vrea dat acestei reforme.

În sfârşit, atunci când este vorba de o receptare parţială, nevoia de studii comparative prealabile este mai mare. Totodată, această problemă se pune în termeni oarecum diferiţi în raport cu receptarea globală sau eclectică. În receptarea parţială, compararea instituţiei avute în vedere în diverse ordini juridice are o importanţă limitată. Într-adevăr, deseori, cunoaşterea unei instituţii juridice în cadrul unei singure ordini juridice îl determină pe legiuitor să adopte această instituţie juridică străină[210]. Astfel, de exemplu, societatea cu răspundere limitată germană ce răspundea unei nevoi economice resimţite de mai multe ţări a dus la adoptarea ei de către mai multe ordini juridice străine. Trebuie de asemenea remarcat că, în ipoteza unei receptări parţiale, este foarte important să fie inclusă ordinea juridică autohtonă, ca termen de comparat. O instituţie juridică nu trebuie să fie privită în mod izolat, dat

---

[206] A se vedea *Roscoe Pound*, HarvLR 61 (1947/48) 758.

[207] Astfel, de exemplu, elaborarea Codului civil etiopian i-a fost încredinţată marelui comparatist francez, *René David*.

[208] *Roscoe Pound* a fost până în 1948 consilier al Ministrului chinez de justiţie.

[209] Astfel, ruptura de tradiţie era, de exemplu, mai mare în China (a se vedea *Bünger*, 179 şi urm.) decât în Etiopia (a se vedea *Sand*, 432; *David*, **Les sources**, 497 şi urm.). Pe de altă parte, reînnoirea juridică a avut loc în China sub presiunea unor factori de politică externă (a se vedea **supra**, nota 192); ea a fost realizată în Etiopia pe baza unei hotărâri a împăratului Haïlé Sélassie I.

[210] Bineînţeles, observaţia aceasta nu are valoare absolută. Astfel, este foarte posibil ca în interiorul unei ordini juridice nevoia de a umple o lacună să-l determine pe legiuitor să examineze şi să cerceteze în mai multe ordini juridice.

fiind că prima ei datorie este de a se integra în ansamblul ordinii juridice. Aceasta pune probleme diferite în funcţie de instituţie. Compararea trebuie să constate în ce măsură norma juridică pe care vrem să o introducem se adaptează ordinii juridice autohtone[211], care sunt modificările, eventual necesare, şi care este scopul pe care regula introdusă trebuie să îl atingă în ordinea juridică autohtonă. Numai o asemenea analiză comparativă poate să asigure o integrare convenabilă a regulii străine în dreptul intern.

altă problemă[212], ce se pune în această ordine de idei, este de a afla în ce măsură tribunalele, atunci când aplică norma străină primită, se pot servi de comparare ca instrument de orientare şi de control[213]. În privinţa receptării globale, răspunsul la această întrebare depinde, la rândul său, de răspunsul dat întrebării prealabile, anume dacă prin receptare a fost preluată mai curând o terminologie străină[214] sau[215] un sistem juridic străin[216]. În prima ipoteză, s-a susţinut ideea că expresiile şi terminologia străine trebuie să fie impregnate de spiritul vieţii juridice turce[217]. Dimpotrivă, partizanii celei de-a doua concepţii sunt de părere că aplicarea normei primite îngăduie şi justifică examenul aplicării aceleiaşi norme de către tribunalele ţării de origine[218]. Pe bună dreptate

---

[211] A se vedea **supra**, Nr. 46.

[212] O problemă deosebită este aceea de a şti dacă dreptul străin poate fi primit pe cale jurisprudenţială. În privinţa Statelor Unite a se vedea îndeosebi: *J. Hazard*, **Problems of Reception in the United States**, AnFD Istanbul 6 (1956) 217 şi urm.; *Rheinstein*, ibid., 31 şi urm.; *R. David*, ibid., 243; *W. Wengler*, **Die Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten, Festschrift Rabel** I, 39 şi urm.

[213] A se vedea **supra**, Nr. 121.

[214] În acest sens *Ferid Ayiter*, **The Interpretation of a national System of Laws received from abroad**, AnFD Istanbul 6 (1956) 41 şi urm. *Arslanli*, 129.

[215] În acest sens *Davran*, **Anderungen**, 141; *Necip Bilge*, **Quelques arrêts de la Cour de Cassation turque comparés à ceux du Tribunal fédéral suisse**, AnFD Istanbul 16/17 (1961) 267 şi urm. (270 şi urm.).

[216] Chestiunea aceasta este legată de alta, aceea de a şti dacă receptarea constituie în realitate un act legislativ unic sau un proces de asimilare continuă. A se vedea *Hirsch*, **Festschrift Bülow**, 121 şi urm.; *René David*, **Réflexions sur le Colloque d'Istanbul**, AnFD Istanbul 6 (1956) 239 şi urm. (244 şi urm.).

[217] *Arslanli*, 130; a se vedea de asemenea *Ayiter* (**Interpretation**, 42) care adoptă o poziţie intermediară.

[218] *Davram*, 141 şi urm.; *Bilge*, 271. Unii îşi bazează această opinie pe art. 1 din Codul civil elveţian. Comp., de exemplu, hotărârea Curţii de Casaţie a Turciei din 28 noiembrie 1945 care afirmă: "În interpretarea legilor noastre, deşi trebuie să avem în faţă propriile noastre texte, noi nu putem, fiind autorizaţi să ne inspirăm din doctrină, să renunţăm la examinarea textelor de origine". (citat după *Bilge*, 271).

B.C.U. „M. EMINESCU" IAŞI

David[219] remarcă faptul că această chestiune constituie o problemă artificial creată mai ales de teama şi de ambiţia de a asigura independenţa şi "suveranitatea" ordinii juridice turce, pe care, de altfel, nimeni nu o contestă. Independenţa aceasta nu este în contradicţie cu faptul că legiuitorul turc, prin adoptarea Codului civil elveţian, urmărea laicizarea şi modernizarea vieţii juridice a ţării conform cu idealul social şi reglementarea juridică elveţiană. Totuşi, aceasta nu înseamnă nicidecum că interpretarea dreptului turc, şi îndeosebi evoluţia vieţii juridice turce, trebuie să se realizeze într-un acord constant cu evoluţia şi aplicarea aceloraşi reguli în ţara de origine. Şi aici trebuie să facem o distincţie. La început, în momentul traducerii Codului civil elveţian în limba turcă, a trebuit să se folosească noţiuni juridice care erau fie necunoscute dreptului turc[220], fie aveau în această ordine de drept un conţinut diferit de cel pe care ele îl aveau în dreptul elveţian[221]. Judecătorul turc trebuia neapărat să ia în considerare doctrina elveţiană[222] atunci când era vorba de a interpreta asemenea noţiuni nu prea clare. Totuşi, atunci când interpretarea necesita din partea judecătorului o apreciere, analiza comparativă nu putea să ducă la rezultate obligatorii pentru el. Ea nu putea să aibă pentru el decât o funcţie de orientare şi de control, în măsura în care îi arăta care fuseseră criteriile de decizie ale judecătorilor din ţara de origine, făcându-l astfel conştient de diversele posibilităţi de

---

[219] *David*, **Réflexions**, 244 şi urm.

[220] Prima versiune a Codului civil român a fost prevăzută cu note ce explicau noii termeni şi noile noţiuni juridice. După aceea, s-a publicat un dicţionar juridic al Codului civil. A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, loc. cit., 677.

[221] A se vedea *Hirsch*, **Vier Phasen**, 190; *acelaşi*, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 338. Această problemă este mai mult sau mai puţin aceeaşi pentru fiecare formă de receptare. Ea depinde de starea evoluţiei ordinii juridice şi de distanţa ce există între ordinea juridică a ţării de origine şi cea a ţării ce primeşte codul. A se vedea, de exemplu, în privinţa Etiopiei, *Sand* (441) iar a Chinei, *Bünger* (177).

[222] De fapt, tribunalele turce au procedat la început la o interpretare gramaticală ce se baza aproape în întregime pe doctrina şi jurisprudenţa elveţiană. (Comp. *Postacioglu*, **La technique**, 66). Faptul este foarte explicabil dat fiind că o doctrină şi o jurisprudenţă turcă trebuia mai întâi să fie elaborate. În acest sens *Postacioglu*, loc. cit.; *Schwarz*, **Das schweizerische Zivilgesetzbuch**, 347 şi urm. În mod foarte natural examenul jurisprudenţei şi al doctrinei elveţiene a pierdut din importanţa sa în măsura în care noţiunile acestea au fost lămurite şi au început să fie folosite în mod curent de către judecătorii turci. De altfel, e vorba aici de un fenomen general observat în toate receptările globale. În privinţa evoluţiei ulterioare a jurisprudenţei turce, a se vedea *Fikret Arik*, **The principal differences between swiss practice in interpreting the civil code**, AnFD Istanbul 6 (1956) 144 s; *Bilge*, 267 şi urm.

stabilire a deciziei[223]. În realitate, alegerea pe care judecătorul o face în acest caz este adesea determinată de criterii şi de motive de natură sociologică sau politică.

Importanţa comparării pentru interpretarea dispoziţiilor ce fac parte dintr-o ordine juridică primită şi construită în mod eclectic e încă şi mai redusă. În ipoteza aceasta, pericolul ca judecătorul să umple noţiuni şi instituţii juridice străine cu o substanţă juridică ce îi este cunoscută este şi mai mare decât în ipoteza unei receptări globale. În acest caz, semnificaţia regulilor noi poate fi deformată, iar dispoziţiile ordinii juridice nou adoptate pot fi, prin aplicare, readuse la conţinutul dispoziţiilor vechi[224]. Pe de altă parte, nu se poate trece cu vederea faptul că, în ipoteza unei receptări eclectice, judecătorul căruia i s-ar cere să procedeze la analize comparative s-ar găsi în situaţia de a fi depăşit[225]. Astfel, de exemplu, li s-ar cere judecătorilor etiopieni să cunoască nu numai dreptul autohton anterior[226] ci şi dispoziţiile dreptului israelian, francez, elveţian, italian, grec, neo-zeelandez şi german[227]. Codul civil etiopian nu constituie o adunare de dispoziţii făcând parte din diverse ordini juridice, ci o operă legislativă unitară şi coerentă în care s-au contopit regulile străine[228]. Judecătorul etiopian va putea să satisfacă mai bine nevoile ce rezultă din caracteristicile Codului civil etiopian printr-o interpretare teleologică. Ceea ce nu exclude posibilitatea de a examina regula juridică respectivă în cadrul ordinii de drept din care ea a fost extrasă. Examenul acesta nu constituie o *conditio sine qua non*, ci îi oferă judecătorului o sursă suplimentară de cunoştinţe[229].

Situaţia este aceeaşi în ipoteza interpretării unei norme care a fost obiectul unei receptări parţiale. Compararea realizată cu ocazia adoptării sale ar trebui să permită o mai bună integrare în ordinea juridică autohtonă. Acest obiectiv rămâne acelaşi cu ocazia interpretării sale.

În mod general, se poate afirma că, cu cât norma străină este integrată într-o mai mare măsură în ordinea juridică autohtonă, cu atât mai puţin analiza comparativă se înfăţişează ca o urmare specifică a recep-

---

[223] A se vedea **supra**, Nr. 119. A se vedea de asemenea *K. Lipstein* (**The Reception**, 250) care consideră că un examen al ordinii juridice elveţiene era necesar atunci când trebuia umplute nişte lacune. Totodată el este de părere că datoria principală a judecătorului este de a adapta norma primită la nevoile turce.

[224] Comp. *Ernst Hirsch*, **Die Rezeption**, 133.

[225] De asemenea, *Sand*, 444.

[226] Cf. *Sand*, 416 şi urm.

[227] Cf. *Sand*, 423 şi urm.

[228] De altfel, din cauza aceasta refuză *René David* noţiunea de "receptare", denumind acest proces prin termenul de "sinteză". A se vedea *David*, **Les sources**, 503; a se vedea şi *Sand*, 422 şi urm.

[229] De asemenea, *Roscoe Pound*, HarvLR 61 (1947/48) 759.

tării. În acest caz, compararea rămâne un mijloc destinat să desprindă noi cunoştinţe privind o regulă juridică a cărei aplicare depinde de puterea de apreciere a tribunalului.

129. COMPARAREA ŞI UNIFICAREA JURIDICĂ

Unificarea juridică reprezintă cu certitudine obiectivul metodei comparative care a fost cel mai cercetat şi studiat de doctrină. Numărul problemelor puse şi al studiilor ce se referă la aceasta face în acelaşi timp imposibilă şi inutilă o analiză completă realizată într-un număr de pagini atât de limitat. O foarte abundentă literatură[230] ne va îngădui să

---

[230] În această notă ce nu are nici o pretenţie de a fi completă nu vor fi citate decât lucrările următoare: *R. Demogue*, **L'unification juridique** (Paris 1928); *Werner Scherrer*, **Zur Frage der internationalen Vereinheitlichung des Privatrechts**, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen der juristischen Fakultät der Universität Basel, Caietul 2 (Basel 1939); *Gutteridge*, **The technique of unification of private law**, BYIL 1939, 37; *acelaşi*, 186 şi urm.; *Adolf Schnitzer*, **De la diversité et de l'unification du droit, aspects juridiques et sociologiques** (Bâle 1946); *acelaşi*, **Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte**, ZfRV 1963, 227 şi urm.; *Oppikofer*, **Internationale Rechtsvereinheitlichung als Nachkriegsproblem: Schweizerische Juristenzeitung 1945**, 97 şi urm.; *Mario Sarfatti*, **Le droit comparé en fonction de l'unification du droit**, RICD 3 (1951) 69-74; *Eduard Wahl*, **Methoden und Grenzen der Rechtsvereinheitlichung, Deutsche Landersreferate zum III. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Beiträge zur Rechtsforschung**, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen 1950) 298 şi urm.; *Konrad Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung**, ibid., 250-262; *acelaşi*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung**, RabelsZ 16 (1951) 387 şi urm.; *Mario Matteucci*, **Les méthodes de l'unification du droit, Première rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit (Barcelone, les 17-20 septembre 1956), Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)** (Roma 1956); *acelaşi*, **Les méthodes de l'unification du droit, Rapport complémentaire au Rapport général présenté à la 1re Rencontre, Institut international pour l'unification du droit privé** (Roma 1959); *Jean Limpens*, **L'étude du droit comparé envisagée comme moyen de rechercher les matières susceptibles d'unification sur le plan international, Rapports généraux au Ve Congrès international de droit comparé, Bruxelles, 4-9 août 1958** (Bruxelles 1960) I, 90; *Neuhaus*, **Rechtsvereinheitlichung, Staatslexikon** (ed. a 6-a, 1961) VI, 272 şi urm.; *Dölle*, **Gezielte und gewachsene Rechtsvereinheitlichung**, ZfRV 1963, 133; *M. Ferid*, **Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung**, ZfRV 1963, 193 şi urm.; *Anthony-Allort*, **The unification of laws in Africa**, AJoCL 16 (1968/69) 51-87; *Kurt H. Nadelmann*, **Uniform legislation versus international conventions revisited**, AJoCL 16 (1968/69) 28-50; *Günther Philipps*, **Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsvereinheitlichung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung** (Frankfurt, Berlin 1965); *René David*, **The methods of unification**, AJoCL 16 (1968/69) 17 şi urm.; *acelaşi*, **L'unification internationale de droit privé** (Paris 1967/68); *acelaşi*, **The legal systems of the world, their comparison and unification, International**

ne limităm la câteva observaţii fundamentale privind, de altfel, numai unificarea dreptului material.

În mod general, trebuie să observăm că unificarea juridică internaţională a fost una din funcţiile principale recunoscute dreptului comparat încă de la început. Ea reprezintă marea iluzie a dreptului comparat începând cu a doua perioadă. Atunci se credea că prin compararea externă se putea ajunge la o unificare internaţională, la fel cum, prin compararea internă, mai multe ţări izbutiseră să realizeze unitatea lor juridică internă. Totuşi, rezultatele obţinute în acest domeniu au fost atât de reduse faţă de eforturi, încât nu este exagerat să afirmăm că, astăzi, unificarea internaţională reprezintă marea decepţie a dreptului comparat. Cauza eşecului, căci, în ciuda mai multor convenţii şi legi uniforme, e mai exact să vorbim de un eşec, nu trebuie imputată nici metodei comparative, nici obiectivului unificării internaţionale, ci lipsei de voinţă în atingerea acestui scop de care au dat dovadă guvernele şi mai ales experţii lor naţionali. Cei mai mulţi dintre ei au văzut în efortul de unificare internaţională, nu şansa unei cooperări internaţionale pentru a găsi sau "a inventa", cu ajutorul raţiunii, soluţii comune susceptibile să adapteze dreptul la nevoile lumii moderne, ci ocazia de a da liber curs sentimentelor de orgoliu naţional, pentru a refuza soluţii mai potrivite propuse de către o altă ordine de drept sau de a impune soluţia propriei ordini juridice. Încă o dată în plus, juriştii, în calitate de experţi naţionali, n-au înţeles măreţia misiunii ce li se oferea şi s-au purtat ca nişte vameşi ai gândirii juridice naţionale.

O unificare juridică poate avea loc în domeniul intern sau în domeniul internaţional. Atunci este vorba de unificarea juridică internă sau internaţională[231].

Unificarea juridică internă are loc ori de câte ori un stat vrea să-şi întregească unitatea sa politică prin unitatea juridică, adică introducând coduri uniforme, aplicabile tuturor teritoriilor sale, deci şi teritoriilor care, mai înainte, aparţinuseră altor state şi erau diriguite de alte legi[232].

Encyclopedia of comparative law (Tübingen 1971) II, Cap. 5, The international unification of private law şi autorii pe care el îi indică aici (213). *Nolde*, **La codification du droit international privé**, RCADI 55 (1936) I, 301; etc.

[231] A se vedea, de exemplu, *Schnitzer*, I, 74; *Malintoppi*, **Mesures tendant à prévenir les divergences dans l'interprétation des règles de droit uniforme, IIe rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit, Rome, les 11-15 octobre 1959, Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)** (Roma 1959) 5-29 (6).

[232] Istoria ne oferă numeroase exemple în acest sens. A se vedea rezumatul scurt făcut de *Gutteridge*, 193 şi urm.

A fost cazul tuturor statelor Europei orientale după cel dintâi război mondial. După cel de-al doilea război mondial, unele ţări făcând parte din Sistemul juridic sovietic[233] au înfăptuit unitatea lor juridică internă pe calea revoluţionară a schimbării regimului.

Se poate observa că succesul unificării juridice interne depinde, în mare măsură, de gradul de integrare politică a statului respectiv. Dimpotrivă, importanţa comparării juridice se află într-un raport invers proporţional cu gradul de integrare politică. Cu cât integrarea unui stat este mai înaintată, cu atât mai mult unificarea juridică este determinată de factori politici care lasă puţin loc aplicării metodei comparative[234]. Astfel, unificarea juridică internă este într-o mare măsură urmarea deciziilor puterii politice şi foarte puţin rezultatul aplicării sistematice a comparării. Gradul variabil de importanţă ce îi revine metodei comparative în diversele domenii de aplicare necesită o delimitare a diverselor forme de unificare[235].

Unificarea juridică reprezintă procesul conştient având ca scop introducerea de reguli juridice care au acelaşi conţinut[236] în două sau în mai multe ordini juridice[237]. Astfel, unificarea juridică, în calitate de proces conştient şi voit de către toţi cei interesaţi, se deosebeşte de

---

[233] În ceea ce priveşte starea unificării internaţionale în Europa de est, a se vedea *Peter M. Maggs*, **Unification of law in eastern Europe**, AJoCL 16 (1968/69) 107-126. A se vedea *Schnitzer*, **Die Annäherung**, 227. Iugoslavia este compusă din teritorii supuse înainte dreptului austriac, maghiar, sârb şi muntenegrean. După cel de-al doilea război mondial au fost abrogate, printr-o lege din 25 noiembrie 1946, toate legile promulgate înainte de 6 aprilie 1941, în măsura în care ele veneau în contradicţie cu sistemul socialist. Introducerea noilor concepţii socialiste şi crearea paralelă a unei noi puteri centrale fac din introducerea noului drept unificat o decizie politică, iar nu rezultatul unui studiu comparativ, referindu-se la ordinile juridice aplicate până atunci. O modificare revoluţionară a dreptului a avut loc şi în China datorită articolului 17 din directivele generale ale Consiliului politic popular din 29 septembrie 1949. Dispoziţia aceasta precizează: "Toate legile şi reglementările precum şi sistemul judiciar al guvernului reacţionar al Kuomintangului, care asuprea poporul, vor fi abrogate". Comp. *Karl Bünger*, 166.

[234] În acelaşi sens *Schnitzer*, I, 74 şi urm.

[235] Cf. *René David*, AJoCL 16 (968/69) 14.

[236] A se vedea *Antonio Malintoppi*, **Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux, IVe rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit, Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)** (Roma 1968) 7.

[237] Cf. *Antonio Malintoppi*, 5; *Gutteridge*, 154. Reunirea normelor juridice înrudite din punct de vedere material şi aparţinând aceleiaşi ordini juridice nu constituie o unificare juridică. A se vedea **Colloques internationaux du Centre national de la recherche scientifique, Journées du 6-10 octobre 1953 à Paris, Science humaine, VI, L'unification interne du droit privé** (Paris 1954).

dreptul introdus[238] într-o ţară cucerită, de către puterea militară sau politică. Ea se diferenţiază de asemenea de receptarea concepută ca o adoptare unilaterală a dreptului străin[239], şi aceasta chiar dacă cele două evenimente au drept consecinţă secundară o unificare parţială sau completă.

Unificarea juridică, presupunând dispoziţii identice aplicabile în mai multe ţări, se deosebeşte de apropierea şi de armonizarea juridică, ce se mulţumesc cu asemănarea sau cu echivalenţa[240]. Dar, şi în acest domeniu, frontierele sunt fluide. Apropierea juridică tinde să se transforme în unificare chiar în măsura în care echivalenţa, trecând prin asemănare, se îndreaptă către identitate.

Aceste observaţii sunt valabile atât pentru statele centralizate, ca de pildă Franţa[241] unde unificarea juridică a fost expresia voinţei politice a monarhiei absolutiste[242], cât şi pentru statele federale. Exemplul german confirmă această observaţie[243]. Gradul de integrare a unui stat federal şi, prin aceasta însăşi, forţa puterii federale devin o adevărată unitate de măsură îngăduindu-ne să ştim dacă unificarea juridică a fost realizată pe bază de decizii politice sau pe baza unei analize comparative[244]. Un stat federal având o putere federală foarte mare, ca de pildă Uniunea Sovietică, poate, dată fiind tocmai competenţa largă şi puterea foarte mare a organelor centrale federale, să realizeze o unificare pe bază de decizii politice. Dimpotrivă, cu cât competenţa organelor proprii ale entităţilor ce alcătuiesc federaţia este mai mare, cu atât studiile comparative prealabile vor deveni o condiţie a unificării juridice. Astfel, Codul

---

[238] *Schnitzer*, I, 74; *acelaşi*, **De la diversité**, 20 şi urm.; *Philipps*, 12 şi urm.; comp. de asemenea *R.H. Graveson*, **The international unification of law**, AJoCL, 16 (1968/69) 4 şi urm.

[239] A se vedea **supra**, Nr. 127; a se vedea şi *Matteucci*, 2; *Scherrer*, 21.

[240] A se vedea totuşi *Malintoppi*, 7.

[241] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 15, 16 şi *Schnitzer*, I, 75; *acelaşi*, **De la diversité**, 28.

[242] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 16. Pentru evoluţia în Marea Britanie, comp. *Graveson*, loc. cit.; *Gutteridge*, 205 şi urm.; *Schnitzer*, I, 75.

[243] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 15, 16. În ceea ce priveşte unificarea juridică în Germania, a se vedea *Wilhelm Weber*, **Der gegenwärtige Stand der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland, Deutsche Landersreferate zum III. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950**, 263 şi urm.

[244] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 46. O lucrare echivalentă a fost făcută pentru Muntenegru de către Profesorul *Bogivic* care preda la Odesa. În acest sens, a se vedea *Dickel*, **Uber das neue BGB für Montenegro und die Bedeutung seiner Grundsätze für die Kodifikation im algemeinen** (Marburg 1889).

civil elveţian a fost elaborat pe baza operei Profesorului *Eugen Huber* care a expus în mod istoric şi sistematic dreptul cantoanelor elveţiene în ceea ce priveşte diversele domenii şi instituţii juridice[245]. Totodată, chiar în acest domeniu, trebuie făcute nişte nuanţări. Astfel, o modificare a constituţiei a fost necesară în Elveţia pentru a permite introducerea unui Cod civil unitar[246]. Codul civil elveţian a fost în continuare promulgat de organe federale, promulgare ce nu mai făcea parte din competenţa organelor cantonale. În Statele Unite şi în Canada situaţia a fost diferită[247]. În Statele Unite, *National Conference of Commissionars for Uniform State Laws*, care este alcătuită din reprezentanţi ai statelor naţionale, din barouri şi profesori universitari[248], lucrează, din 1892, legi-model. Aceste legi-model sunt mai întâi supuse discuţiei ordinelor de avocaţi din statele ce compun federaţia, precum şi secţiei de unificare juridică a corpului avocaţilor. Apoi, ele sunt prezentate diverselor organe legislative ale statelor ce formează federaţia care pot să le accepte aşa cum sunt şi să le promulge, să le modifice, sau pur şi simplu să le respingă[249].

Schema şi elementele unificării interne nu pot fi pur şi simplu transpuse pe planul unificării internaţionale[250]. Bineînţeles, este exact că o unificare e mai lesne de înfăptuit atunci când este vorba de o comunitate de state destul de integrată decât în cazul unei comunităţi unde există o mare autonomie[251]. Totodată, una din diferenţele cele mai însemnate constă în faptul că integrarea unei comunităţi de state nu poate fi realizată decât prin respectarea suveranităţii fiecărui stat, ceea ce presupune din partea lor un acord voluntar[252]. Atunci când are loc unificarea internaţională şi în opoziţie

---

[245] A se vedea *Léontin-Jean Constantinesco*, **Tratat de drept comparat. Introducere în dreptul comparat**, Nr. 46; *Schnitzer*, I, 76; *Riese*, 13; a se vedea şi *Matteucci*, 5.

[246] În acelaşi sens, Imperiul german nu a primit competenţa de a legifera întreg dreptul civil decât prin *lex Lasker* din 1876.

[247] Cu privire la situaţia juridică din Canada, a se vedea *Matteucci*, 9; *Schnitzer*, I, 78.

[248] În ceea ce priveşte modul de a lucra al acestei conferinţe precum şi în privinţa regulilor metodologice pe care ea le urmează, a se vedea *Matteucci*, 7 şi urm.

[249] A se vedea *Schnitzer*, I, 78; *Gutteridge*, 167 şi urm. Cu privire la importantele lucrări pregătitoare referitoare la unificarea şi elaborarea acelor *Restatements*, a se vedea *Willis L.L. Reese*, **Unification of Common Law Rules: The Role of the American Law Institute: Reports from the United States of America on topics of major concern as established for the VIII Congress of the International Academy of Comparative Law (Brussels 1970)** 171-182; *Peter Hay*, **Unification of Law in the United States: Uniform State Laws, Treaties and judicially Declared Federal Common Law**, ibid., 261-293.

[250] Care poate fi bilaterală, regională sau plurinaţională.

[251] CEE constituie cel mai bun exemplu.

[252] În acest sens *Schnitzer*, **De la diversité**, 81.

cu unificarea internă, compararea juridică devine un instrument cu ajutorul căruia se poate măsura integrarea. Compararea are o însemnătate deosebită tocmai în măsura în care statele nu sunt dispuse să-şi limiteze dreptul lor "suveran" în favoarea comunităţii de state[253].

Nu trebuie nici să uităm că obstacolele pe care trebuie să le depăşească unificarea juridică internaţională sunt mai mari. Diferenţelor de natură lingvistică şi terminologică li se adaugă marile divergenţe din sistemele juridice[254-255]. Speranţele euforice de unificare ce caracterizează trecutul au făcut loc mai târziu unei abordări mai rezervate[256]. Astăzi, există un acord asupra faptului că o unificare juridică nu trebuie să fie realizată decât dacă ea este de dorit şi posibilă[257]. În acest sens, s-a constatat că este mult mai necesar să se unifice normele juridice care reglementează situaţii cu componente internaţionale decât normele juridice reglementând situaţii puternic influenţate de factori naţionali şi sociali[258]. Observaţia aceasta a devenit mai relativă în urma experienţei făcute recent cu CEE[259]. Evident, nu se pot examina aici domeniile în care o unificare juridică ar fi de dorit[260]. Oricum, e vorba în acest caz de

---

[253] În ceea ce priveşte influenţa Consiliului european asupra unificării juridice, a se vedea *Hans Christian Krüger*, **The Council of Europe and unification of private law**, AJoCL 16 (1968/69) 127-148.

[254] Privitor la dificultăţile unei unificări cu ţările din sistemul *Common Law*, a se vedea şi *Matteucci*, 5.

[255] Pentru toate celelalte, a se vedea *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung**, 255.

[256] *Schnitzer*, I, 87; *acelaşi*, **De la diversité**, 89; *Gutteridge*, 189; *Matteucci*, 6; *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung**, 250 şi urm.; *René David*, **Die Zukunft der europäischen Rechtsordnungen: Vereinheitlichung oder Harmonisierung ?** în: **Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen** (Tübingen 1955) 1 şi urm. (4).

[257] A se vedea *René David*, **International Encyclopedia**, 85 şi urm.; *Matteucci*, 19.

[258] A se vedea, de exemplu, *Malintoppi*, 19; *Matteucci*, 24; *David*, **Unification de droit privé**, 126 şi urm.; *Schnitzer*, **De la diversité**, 34.

[259] În afara nevoii de unificare a domeniilor ce rezultă direct din tratatul CEE nu avem decât să ne gândim la consecinţele pe care le produce în dreptul familiei libera circulaţie a mâinii de lucru. Faptul că în ţări ca Franţa şi Germania milioane de lucrători străini locuiesc, se logodesc, încheie căsătorii, divorţează şi mor lăsând sau nu testamente, îi obligă pe judecătorii francezi şi germani să aplice reguli de drept străin într-o cantitate care cu siguranţă îi depăşeşte. Ceea ce subliniază necesitatea fie de a modifica sistemul judiciar pentru a integra în tribunale judecători străini care cunosc mai bine dreptul ce urmează să-l aplice, fie de a proceda la unificarea regulilor de conflict, fie de a unifica dreptul material, ceea ce, desigur, va fi foarte greu de realizat.

[260] A se vedea, de exemplu, *David*, **International Encyclopedia**, 5 şi urm.

o chestiune pragmatică fără importanţă pentru problema metodologică cercetată aici[261].

Aplicarea metodei comparative începe deja cu alegerea domeniilor juridice în care o unificare este posibilă[262]. Cercetarea comparativă trebuie să cuprindă toate aspectele termenilor de comparat pentru a desprinde diferenţele existente între instituţiile juridice avute în vedere[263]. Dacă diferenţele privesc elementele determinante sau dacă instituţiile juridice pe care vrem să le unificăm sunt influenţate în mare măsură de acestea din urmă, unificarea juridică se va lovi de dificultăţi cu mult mai mari decât atunci când diferenţele constatate sunt de natură pur tehnică sau au doar un caracter accidental. Tot astfel, o reglementare unitară a problemelor sociale sau economice nou puse este mai uşor de realizat decât atunci când unificarea vizează probleme sociale având un caracter politic sau care sunt impregnate de o tradiţie naţională[264]. De aceea, nu este de mirare că cea mai mare parte a unificărilor realizate cu succes au avut loc tocmai în domenii eliberate de asemenea tradiţii şi de asemenea influenţe[265]. Primul motiv constă în faptul că aceste domenii nu necesită decât o reglementare de natură tehnică; al doilea motiv îl găsim în noutatea problemelor ce trebuie reglementate. De altfel, prin însuşi caracterul lor tehnic, acestea sunt neutre faţă de caracteristicile fundamentale ale ordinilor juridice respective. Astfel, unificarea juridică va crea cu mult mai puţine dificultăţi atunci când e vorba de domenii ce nu sunt puternic influenţate de factori politici, sociologici, ideologici, naţionali sau psihologici[266]. Aceasta explică de asemenea de ce majoritatea proiectelor de unificare

---

[261] Problema este echivalentă celei puse atunci când se aleg termenii de comparat sau ordinile juridice. A se vedea totuşi *David*, **International Encyclopedia**, 84 şi 86.

[262] Diviziunea metodologică a cercetării comparative, într-o analiză verticală care constă în examinarea soluţiilor naţionale de către juriştii naţionali şi într-o analiză orizontală care înseamnă compararea pe plan internaţional a rezultatelor obţinute de examinarea verticală, pe care o propune *Matteucci* (16 şi urm.), mi se pare greşită. A se vedea **supra**, Nr. 48 şi urm., 51 şi 52.

[263] *Schnitzer*, I, 83 şi urm.; *acelaşi*, **De la diversité**, 37 şi urm.; *David*, **International Encyclopedia**, 35 şi urm.; *acelaşi*, **L'unification internationale de droit privé**, 241; *Gutteridge*, 216 şi urm.

[264] Prin natura lucrurilor, contribuţia comparării juridice la reglementarea problemelor sociale noi este limitată. Cf. *Matteucci*, 18.

[265] Pentru un rezumat larg al ansamblului, a se vedea *David*, **International Encyclopedia**, 123 şi urm.; a se vedea şi *Schnitzer*, I, 88; *acelaşi*, **De la diversité**, 65 şi urm.

[266] De aceea o unificare juridică ce intră mai adânc în domeniul dreptului public ridică dificultăţi mai mari. A se vedea *Eduard Wahl*, 299; *Schnitzer*, **De la diversité**, 48 şi urm.; *Gutteridge*, 210. Şi din acest punct de vedere unificarea juridică realizată în cadrul CEE reprezintă o ipoteză particulară.

juridică au avut loc în domeniul dreptului privat, cu excepţia, mai mult sau mai puţin, a dreptului familiei şi a dreptului succesiunilor[267].

Structurile juridice ale statelor ce participă la unificare au de asemenea o importanţă a lor. Ele pot fi de natură direct politică, istorică, socială, sau economică sau chiar de natură juridică, însă puternic influenţată de către unul sau altul din aceşti factori[268]. Unificarea juridică a statelor scandinave[269], care este destul de avansată, se explică prin situaţia geografică a statelor sale, prin comunitatea experienţei lor istorice şi, nu într-o mai mică măsură, prin faptul că ele fac parte din aceeaşi familie juridică[270]. Aceeaşi observaţie trebuie făcută în legătură cu ţările Benelux-ului[271]. Pe de altă parte, trebuie să observăm că amploarea unificării juridice este mai redusă pe măsură ce numărul statelor participante creşte.

Analiza comparativă ne permite să constatăm în ce domenii, în ce măsură şi între ce ordini juridice există elemente comune care fac posibilă o unificare juridică. Ea îngăduie de asemenea să se precizeze care sunt diferenţele de concepţie ale diverselor ordini juridice, care este importanţa acestor diferenţe şi cum va trebui să fie învinse. Compararea desprinde cunoştinţele ce sunt indispensabile, în a doua fază a procesului de unificare, cu prilejul elaborării dreptului uniform[272]. Amploarea dreptului uniform depinde de gradul de necesitate, obiectiv constatat, şi mai cu seamă de existenţa unei intenţii reale a statelor de a realiza o unificare. Aceasta va fi întemeiată fie pe numitorul comun

---

[267] A se vedea *Wahl*, 300; *Schnitzer*, **De la diversité**, 59 şi urm.; *Gutteridge*, 161 şi urm. A se vedea totuşi *Müller-Freienfels*, **The unification of family law**, AJoCL 16 (1968/69) 175-218.

[268] *David*, **Unification internationale de droit privé**, 142 şi urm.; *acelaşi*, **Droit comparé et système socio-politique**, RIDC 22 (1970) 263; *Graveson*, 6 şi urm.; *Schnitzer*, I, 87; *Wahl*, 304; *Zweigert*, **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung**, 259; *acelaşi*, (RabelsZ 16, 1951, 389) care analizează problema unificării juridice dintre ţările sistemului *Common-law* şi cele ale sistemului *Civil-law*.

[269] A se vedea *Ake Malmström*, **Die Zusammenarbeit der nordischen Staaten auf dem Gebiet der Gesetzgebung**, în: **Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen** (Tübingen 1955) 18 şi urm.; *Jan Hellner*, **Unification of law in Scandinavia**, AJoCL 16 (1968/69) 88-106.

[270] *Gutteridge*, 121 şi urm.

[271] A se vedea *Georges van Hecke*, **Ziele und Methoden der juristischen Zusammenarbeit der Benelux-Staaten**, în: **Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen** (Tübingen 1955) 33 şi urm.

[272] A se vedea îndeosebi *David*, **International Encyclopedia**, 85 şi urm.; *acelaşi*, **Unification internationale de droit privé**, 241 şi urm.

desprins prin comparare[273], fie pe una din soluţiile naţionale ce va răspunde cel mai bine nevoilor comune, fie pe o regulă nouă[274]. Elaborarea regulilor de drept uniform posedă propriile sale legi; ea depinde de aprecieri de natură juridică, dar şi de natură politică. Dintr-un punct de vedere strict, acestea din urmă nu mai fac parte din examenul comparativ[275]. A treia fază a procesului de unificare cuprinde elaborarea textelor care adesea necesită definiţii ale noţiunilor juridice noi[276] presupunând analize comparative prealabile[277]. Pentru a asigura unitatea dreptului trebuie să ştim să evităm divergenţele de interpretare cu ocazia aplicării sale[278].

Prin cea de-a treia fază, dreptul uniform iese din domeniul internaţional sau plurinaţional[279]. Introducerea dreptului uniform în ordinea juridică naţională constituie de asemenea o decizie politică a instanţelor naţionale, în cursul căreia nu se mai procedează la cercetări comparative.

Problema de a şti care este rolul ce îi revine comparării în ultima etapă, adică în momentul aplicării dreptului uniform, a fost deseori

---

[273] Numitorul comun va fi în funcţie de domeniul juridic şi de numărul statelor participante mai mare sau mai mic. Examenul comparativ nu este inutil chiar dacă un numitor comun nu a fost desprins. Acest examen va arăta în orice caz greutăţile pe care o eventuală unificare trebuie să le învingă. Fără această lucrare pregătitoare, aplicarea ulterioară a dreptului uniform ar fi pusă în pericol.

[274] Regulile dreptului unificat pot reprezenta reguli noi în măsura în care ele se deosebesc de fiecare dintre soluţiile naţionale. Totodată, aceste reguli trebuie să fie în stare de a fi adoptate şi asimilate de ordinile juridice naţionale. Într-adevăr, independent de procedura cu ajutorul căreia statele au ajuns la elaborarea dreptului uniform (a se vedea *Gutteridge*, 199 şi urm., 218 şi urm.; *David*, **International Encyclopedia**, 54 şi urm.), "cea mai bună soluţie" nu va avea şanse de supravieţuire decât dacă ea nu contrazice principiile fundamentale şi elementele determinante ale fiecăreia dintre ordinile juridice în care ea se încorporează.

[275] De aceea, afirmaţia lui *Zweigert* (**Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung**, 257; *acelaşi*, RabelsZ 16, 1951, 387 şi urm., 394; *Matteucci*, 191) potrivit căreia compararea în serviciul unificării trebuie să ofere mai mult decât compararea juridică pură pare discutabilă. În realitate, metoda comparativă nu este precizată de scopurile practice pe care ea le urmăreşte. A se vedea **supra**, Nr. 5; a se vedea şi *Schnitzer*, **De la diversité**, 37 şi urm.

[276] A se vedea **supra**, Nr. 122; a se vedea şi *Bayer*, 628.

[277] Cf. *Zweigert*, RabelsZ 16 (1951) 395 şi urm. Totodată, este problematic ca analiza comparativă să poată ajunge să desprindă un "übernationalen Begriffsapparat", "Begriffe, die ihre nationalen Bindungen abgelegt haben". A se vedea **supra**, Nr. 118, 119, şi *Bayer*, 628.

[278] A se vedea *Antonio Malintoppi*, **Mesures**, 5-29.

[279] În cadrul CEE este vorba de o excepţie în măsura în care Curtea Comunităţilor europene, deci o instanţă ce nu este naţională, posedă monopolul interpretării.

discutată[280]. Admiţând importanţa acestei probleme, trebuie, poate, să constatăm că ea a fost oarecum supraestimată. Dreptul uniform pe care judecătorul naţional trebuie să-l aplice[281] constituie drept intern. Efectul pe care îl produce în ordinea internă a fost realizat printr-un act legislativ naţional, independent de procedura prealabilă ce s-a desfăşurat pe plan internaţional. Dat fiind că dispoziţiile dreptului uniform fac parte din ordinea juridică a statelor respective[282] şi că securitatea juridică are exigenţele ei, trebuie ca judecătorul naţional să aplice, în momentul interpretării dreptului uniform, aceleaşi criterii şi principii de interpretare ca pentru dispoziţiile dreptului naţional[283]. Pe de o parte, nu trebuie să ignorăm că diferenţele existente între principiile de interpretare în diversele state pot contrazice unitatea de interpretare necesară pentru a asigura unitatea dreptului uniform[284]. Pentru a se rezolva această contradicţie, trebuie asigurat un anumit echilibru între cerinţele naţionale şi internaţionale[285]. Un astfel de echilibru nu poate fi obţinut decât printr-un proces de interpretare realizat în mai multe etape[286] la începutul căruia interpretarea dispoziţiei care nu este prea clară este făcută conform conţinutului şi scopului dreptului uniform. Bineînţeles, judecătorul naţional ar face bine să aleagă, dintre mai multe soluţii posibile, pe aceea care este în acord cu cea mai mare parte a ordinilor juridice ale statelor ce au elaborat legea uniformă. Numai metoda comparativă poate preciza dacă soluţia aceasta este posibilă şi să-i indice limitele[287]. Aceasta va arăta uneori că există un acord complet între soluţiile statelor avute în vedere. Alteori, ea va revela că între

---

[280] În ceea ce priveşte influenţa diverselor forme de procedură asupra dreptului uniform, a se vedea *Malintoppi*, **Mesures**, 9 şi urm.

[281] A se vedea **supra**, Nr. 128 şi *David*, **Unification internationale de droit privé**, 321 şi urm.

[282] Cf. *David*, **Unification internationale de droit privé**, 277.

[283] Cf. *Bayer*, 629 şi urm.

[284] Cf. *David*, **Unification internationale de droit privé**, 268 şi urm. Totodată, după cum rezultă de asemenea din lucrarea editată de *von Caemmerer* (**Internationale Rechtsprechung zum Genfer einheitlichen Wechsel und Scheckrecht**, Berlin-Tübingen 1954, 1967) pericolul este cu mult mai redus decât se presupusese.

[285] În acest sens *Bayer*, 633.

[286] Bineînţeles, acesta nu este decât unul din mijloacele pentru a înfăptui unitatea legilor uniforme în aplicarea lor. A se vedea *Jean-Georges Sauveplanne*, **Mesures tendant à concilier les divergences et à résoudre ces divergences par voie juridictionnelle, IIe rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit (Rome, les 11-15 octobre 1959), Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)** (Roma 1959) 30-48; a se vedea şi *David*, **Unification internationale de droit privé**, 303 şi urm.; *acelaşi*, **International Encyclopedia**, 99 şi urm.

[287] A se vedea *Bayer*, 626 şi urm.; a se vedea şi *Wahl*, 305 şi urm.

aceste soluţii nu există decât un "numitor comun minim" care, la rândul său, şi precum în cazul tratatelor internaţionale, va trebui să fie stabilit datorită cunoştinţelor dobândite cu ajutorul metodei teleologice[288]. Dacă soluţia ordinii juridice a statului căruia îi aparţine judecătorul diferă foarte mult de "numitorul comun minim" sau de soluţia obţinută prin interpretarea teleologică, soluţia naţională nu ar trebui să fie aplicată decât dacă neaplicarea ei ar produce contradicţii insolubile în această ordine juridică. Altfel, tribunalele naţionale nu ar trebui să ezite a recunoaşte că "that the treaty uses a particular term in a new sense"[289].

[288] Această procedură poate da satisfacţie şi ideii că "dreptul internaţional" trebuie să fie interpretat după criterii obiective în măsura în care el instituţionalizează o ordine juridică proprie. A se vedea **supra**, Nr. 123. Ea garantează în acelaşi timp o securitate juridică în măsura în care interpretarea dată unei dispoziţii a dreptului uniform tinde să fie comună statelor respective.

[289] *David*, **International Encyclopedia**, 101.

CU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BIBLIOGRAFIE

Lucrările marcate cu un asterisc sunt citate în cadrul acestui volum doar prin numele autorului. Lucrările marcate cu două asteriscuri sunt citate prin abreviere, respectiv prin acea parte a titlului care este subliniată în prezenta bibliografie.

ADAM, LEONHARD. — *Joseph Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, ZVglRwiss* 37 (1919) 17 şi urm.

— *Der gegenwärtige Stand und die heutigen Aufgaben der ethnologischen Rechtsforschung. Vortrag auf dem 4. Kongress der Internationalen Vereinigung für Rechts - und Wirtschaftsphilosophie, Berlin 1926. Bericht in den Mitteilungen des preussischen Richtervereins IV* (Berlin 1926) 206.

ALCALÀ - ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. — *Informacion juridica europea, Boletin mexicano de derecho comparado*, N.S. 1 (1968) 764-779.

ALBERTARIO. — *Il diritto romano* (Milano-Messina 1940).

ALLEN, CARLETON KEMP. — *Law in the Making* (ed. a 7-a, Oxford 1964).

ANTHONY - ALLORT. — *The Unification of laws in Africa, AJoCL* 16 (1968-69) 51 şi urm.

ALMÈN, TORE. — *Das skandinavische Kaufrecht* (ediţie germană, Neubecker, Heidelberg 1922) 3 vol.

AMES, J.B. — *Lectures on Legal History* (Cambridge/Harvard, University Press 1913).

— *Specific Performance of Contracts*, The Green Bag (Boston Mass, 1886).

ANCEL, MARC. — *La «Common Law» de l'Angleterre* (Thèse Paris 1927).

— *La doctrine universaliste dans l'oeuvre de Lévy-Ullmann* (Paris 1955) 181 şi urm.

— *Le droit comparé, science humaniste, RIDC* 2 (1950) 27 şi urm.

— *La fonction judiciaire et le droit comparé, RIDC* 1 (1949) 58 şi urm.

— *La méthode du droit comparé en matière de droit pénal, RIDC* 1 (1949) 511 şi urm.

— *Le rôle de la recherche comparative dans la coopération juridique internationale*, *Nederlands Tijdschrift voor International Recht* 1962, 31 şi urm.
— *Valeur actuelle des études de droit comparé*, *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel Yntema* (Leyden 1961) 15 şi urm.
— *Utilité et méthodes du droit comparé* (Neuchâtel 1971).

ANDRÉ, ACHIM. — *Konkurrierende Ersatzansprüche vor deutschen Gerichten und dem europäischen Gerichtshof*, *NJW* 1968, 333 şi urm.

ANKERMANN, B. — *Kulturkreise und Kulturschichten in Afrika*, *Zeitschrift für Ethnologie* 37 (1905) 54 şi urm.

ANSAY, T. - DON WALLACE JR. — *Introduction to Turkish Law* (Ankara 1966).

ARIK, FIKRET. — *The principal differences between swiss practice in interpreting the civil code*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 144 şi urm.

ARMINJON - NOLDE - WOLFF. — *Traité de droit comparé*, (Paris 1950) 3 vol.

ARSLANLI, HALIL. — *De l'effet d'une norme interprétative du droit suisse*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 124.

* **ASCARELLI, TULIO.** — *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione* (Milano 1952) I.

AUBIN, BERNHARD C.H. — *Europäische Einheitsrecht oder intereuropäische Rechtsharmonie?* în: *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen* (Tübingen 1955) 45 şi urm.
— *Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung*, *RabelsZ* 34 (1970) 458 şi urm.
— *Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmassstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtssprechung*, *Deutsche Landersreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*. Ediţie specială a *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Berlin-Tübingen 1967).

* **AUBIN - ZWEIGERT.** — *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht* (Tübingen 1952).

AUBY, J.M. - DRAGO, R. — *Traité de contentieux administratif* (Paris 1962).

* **AUBY - FROMONT.** — *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique Européenne* (Paris 1971).

** **AYITER, FERID.** — *The* **Interpretation** *of a national System of Laws received from abroad, AnFD Istanbul* 6 (1956) 41 şi urm.
— *Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive, «Europa und das römische Recht» und unter besonderer Berücksichtigung der Rezeption westeuropäischer Gesetzbücher in der modernen Türkei, Studi Koschaker*, Vol. II, 133 şi urm.

BACHOF, O. — *Compte rendu de l'ouvrage: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, ZaöRV* 23 (1963) 567 şi urm.
— *Grundgesetz und Richtermacht* (Tübingen 1959).

BALDENSPRENGER, F. - FRIEDERICH, W.P. — *Bibliography of Comparative Literature* (Chapel Hill 1950).

** **BALOGH, ELÉMER.** — **Lévy-Ullmann**, *Vice-Président de l'Académie internationale de droit comparé*, în: *L'oeuvre juridique de Lévy-Ullmann* (Paris 1955) 120 şi urm.
— *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé, RCADI* 57 (1936) 577 şi urm.

** **BARDA, E.** — *De la «***Specific performance***» ou exécution in specie dans les contrats en droit anglais comparé* (Thèse Paris 1928).

BARTIN, ETIENNE-ADOLPHE. — *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois, RCADI* 31 (1930) I, 565 şi urm.
— *Etude sur le régime dotal* (Paris 1892).
— *Principes de droit international privé* (1930).

BASDEVANT, JEAN. — *Le rôle du juge national dans l'interprétation des Traités diplomatiques, Rev. crit.* 1949, 429 şi urm.

BATIFFOL, HENRI. — *Les apports du droit comparé au droit international privé, Livre du Centenaire*, I, 132 şi urm.
— *Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit, RIDC* 22 (1970) 661 şi urm.

BATIFFOL, OURLIAC, TRIMBAL. — *Histoire du droit comparé dans l'enseignement du droit*, Dalloz 1957, Chronique 205 şi urm.

* **BAYER, WILHELM F.** — *Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen durch staatliche Gerichte*, *RabelsZ* 20 (1955) 603 şi urm.

BEBR. — *Judicial Control of the European Communities* (London 1961).

BECQUART, J. — *Les mots à sens multiples dans le droit civil français* (Paris, fără dată).

BELGESAY, MUSTAFA RESIT. — *La réception des lois étrangères en Turquie*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 93 şi urm.

BERGSTRÄSSER - SCHACHT. — *Grundzüge des islamischen Rechts* (ediţia 1, Berlin 1935).

* **BERNHARDT, R.** — *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Vol. 40 (Köln-Berlin 1963).

** — **Eigenheiten** *und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentllichen Recht. Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der Internationalen Organisationen leisten*, *Rapport au Congrès de Wien 1963*, *ZaöRV* 24 (1964) 431 şi urm.

— *Vom Provinzialismus deutscher Juristenbildung*, *JZ* 1971, 581 şi urm.

BERNHOEFT. — *Unser Zweck, Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin* (1895) 1 şi urm.

— *Uber die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern*, *ZvglRwiss* 2 (1880) 253 şi urm.

— *Uber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*, *ZvglRwiss* 1 (1878) 1 şi urm.

BERTRAND, ANDRÉ. — *Introduction au: Le contrôle des changes et ses répercussions sur les institutions juridiques* (Paris 1955).

BETTREMIEUX. — *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile* (Thèse Lille 1921).

BEVILAQUA, CLOVIS. — *Resumo das licçoes de legislaçao comparada sobre o direito privado* (ed. a 2-a, Bahia 1897).

BILGE, NECIP. — *Quelques arrêts de la Cour de Cassation turque comparés à ceux du Tribunal fédéral suisse*, *AnFD Istanbul* 16/17 (1961) 267 şi urm.

BINDER, J. — *Philosophie des Rechts* (Berlin 1925).

* **BLAGOJEVIC, BORISLAV.** — *Le droit comparé - méthode ou science*, *RIDC* (1953) 656 şi urm.

BLAGOJEVIC şi JOVICIC. — *Les études de droit comparé en Yougoslavie et les conceptions de la recherche comparative dans le droit socialiste*, *Livre du Centenaire*, II, 603 şi urm.

BLOMEYER, ARWED. — *Rechtsphilosophie und vergleichende Rechtswissenschaft*, *RabelsZ* 1934, 1 şi urm.

BLUMENWITZ, DIETER. — *Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht* (München 1971).

BOCKELMANN. — *Richter und Gesetz, Festschrift für Smend* (Göttingen 1952) 25 şi urm.

BÖCKENFÖRDE, CH. — *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze* (Berlin 1966).

BOHANNAN, PAUL. — *Ethnography and comparison in legal Anthropology*, Nader 1968, 401 şi urm.

BOEHMER, GUSTAV. — *Der Einfluss des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland*, *AcP* 151, 289 şi urm. = versiunea germană a raportului pentru «Săptămâna Internaţională a dreptului» (Paris 1950), publicat sub titlul «*Travaux de la Semaine Internationale de Droit, L'influence du Code Civil dans le monde*» (Paris 1954).

— *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung* (ed. 1, Tübingen 1950) I.

— *Grundlagen des französischen Privatrechts im 20. Jahrhundert*, *AcP* 18 (1953) 485 şi urm.

BONNECASSE, JULIEN. — *L'école de l'exégèse* (ed. a 2-a, Paris 1923).

BOPP, FRANZ. — *Vergleichende Grammatik* (Berlin 1833; ed. a 3-a, Berlin 1868-71).

BOUCAUD, CHARLES. — *Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé (Recueil Lambert)* I, 301 şi urm.

BOUSQUET, GEORGES HENRI. — *Le droit musulman* (Paris 1963).

BOYER, GEORGES. — *Recherches historiques sur la résolution des contrats* (Thèse Paris 1924).

BRAGA, SEVOLD. — *Compte rendu de l'ouvrage de Antimov et Grave*, *RabelsZ* 25 (1960) 177 şi urm.

— *Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung und das IPR*, *Annales Universitatis Saraviensis* IV (1955) 3 şi urm.

BRECHER, FRITZ. — *Compte rendu*, *AcP* 1971, 380.

BREWER-CARIAS, ALLAN-RANDOLPH. — *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana* (Caracas 1964).

BRINZ, A. — *Lehrbuch der Pandekten* (Erlangen 1892).

BROWN, L. NEVILLE. — *L'évolution du droit comparé en Angleterre depuis 1869: un aperçu personnel*, *Livre du Centenaire*, II, 355 şi urm.

BRUNS, RUDOLF. — *Zivilprozessrecht - Eine systematische Darstellung* (Berlin şi Frankfurt 1968).

BRYCE, JAMES. — *Studies in History and Jurisprudence* (Oxford 1901) 2 vol.

BUCKLAND, W.W. - McNAIR, ARNOLD. — *Roman and Common Law, A Comparison in outline* (Cambridge 1936; ed. a 3-a de F.H. Lawson, Cambridge 1965).

BÜHLER, OTTMAR. — *Prinzipien des internationalen Steuerrechts* (München şi Berlin 1964).

BULLINGER, M. — *Rapport de synthèse, Gerichtsschutz gegen die Exekutive* (Köln 1971) III, 193 şi urm.

BÜLCK, HARTWIG. — *Verbo: Vertragsauslegung, Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts* (Berlin 1962) vol. III.

BÜNGER, KARL. — *Die Rezeption des europäischen Rechts in China. Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, în: *Beiträge zur Rechtsforschung*, Număr sprecial al *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen 1950) 166 şi urm.

CAEMMERER, ERNST VON. — *Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung*, *NJW* 1956, 569 şi urm.

** — **Wandlungen des Deliktsrechts**, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960* (1960) II, 49 şi urm.

** **CAEMMERER, ERNST - ZWEIGERT, KONRAD.** — **Evolution et état actuel de la méthode du droit comparé** *en Allemagne, Livre du Centenaire*, II 284 şi urm.

CAPITANT, HENRI. — *Introduction à l'étude du droit* (ed. a 5-a, Paris 1927).

** — **Vocabulaire juridique**. *Rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes sous la direction de H. Capitant* (Paris 1930).

** **CARBONNIER, JEAN.** — **L'apport du droit comparé** *à la sociologie juridique, Livre du Centenaire* (Paris 1971) I, 76.

** — *Sociologie juridique* (Paris 1972).
— *Droit civil* (ed. a 6-a, Paris 1965).

CARLO, EUGENIO DI. — *Cenni di introduzione allo studio del diritto comparato, AFG Perugia* 1935, 75 şi urm.

CARUSI, EVARISTO. — *Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale* (Roma 1917).

CASSIN, RENÉ. — *Droit de l'homme et méthode comparative, RIDC* 20 (1968) 449 şi urm.
— *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (Thèse Paris 1914).

CASSONI. — *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Diritto internazionale* 13 (1959) 428 şi urm.

CAPPELLETTI, MAURO. — *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado* (Mexico 1966) = *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Milano 1968).

* — *Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne. Travaux du septième Colloque international de droit comparé* (Ottawa 1970) 85 şi urm.

CHAPUS, R. — *Responsabilité publique et responsabilité privée* (Paris 1954, actualizată 1957).

CHARMONT şi CHAUSSE. — *Les interprètes du Code Civil, Le Code civil, Livre du Centenaire* (Paris 1911) I, 133 şi urm.

** **CHENG, BIN.** — **General principles** *of law as applied by international courts and tribunals* (London 1953).

CHEVALIER, JEAN-JACQUES. — *Histoire des institutions politiques de la France de 1789 à nos jours* (Paris 1952).

CISMARESCU, MICHAEL. — *Reformen im Rechts - und Justizwesen Rumäniens* (München 1970).

COHN, ERNST J. — *Manual of German Law* (vol. 1, ed. a 2-a, 1968; vol. 2, ed. a 2-a, 1971).

— *Precedents in Continental Law*, *CamLJ* V (1935) 336.
— *Rechtsvergleichung im englischen Rechtsunterricht*, *JZ* 1971, 726.

COLOMER, A. — *Droit musulman* (ed. 1, Paris 1963).

CONSTANTINESCO, LÉONTIN-JEAN. — *Note sur l'Arrêt du Conseil d'Etat, 1-3-1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *EuR* 1968, 317 şi urm.

** — **Die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsnormen** *und der Rechtsschutz von Einzelpersonen im Recht der EWG* (Baden-Baden 1969) = **L'applicabilité directe** *dans le droit de la CEE* (Paris 1970).
— *Compte rendu de l'ouvrage de Esser, Grundsatz und Norm*, în: *Annales Universitatis Saraviensis*, 1957, 48 şi urm.

** — **Le code civil français et son influence en Europe (Roumanie)**, *La Semaine internationale de droit* (Paris 1954) 664-688.
— *Contribution au problème des rapports entre l'ordre juridique de la Communauté et l'ordre juridique interne des Etats membres*, *Actes officiels du Congrès international d'études sur la CECA* (Millano 1957).
— *Droit communautaire et droit constitutionnel néerlandais*, *RGDIP* 1969, 378 şi urm.

** — **Effets et rang des traités** *et du droit communautaire en droit français*, *Rivista di diritto europeo* 1968, 259 şi urm.

** — **La spécificité** *du droit communautaire*, *RTDE* 1966, 1 şi urm. = *Die Eigentümlichkeiten des Gemeinschaftsrechts*, *JuS* 1965, 290 şi urm.

** — **Introduction** *au droit comparé* (Paris 1972) = *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Köln 1971) = *Introducere în dreptul comparat* (Bucureşti 1997).
— *La fourniture de manuels appropriés pour l'enseignement du droit comparé des Etats européens*, *Rapport à la deuxième Conférence européenne des Facultés de droit organisée par le Conseil de l'Europe du 14 au 16 Avril 1971. Actes de la deuxième Conférence des Facultés de droit.* Conseil de l'Europe. Strasbourg, 199 şi urm.

** — **Grundfragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen** *im französischen Recht*, *Festschrift H. Lange* (München 1970) 415 şi urm.

— *Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung*, în: *Annales Universitatis Saraviensis* VII (1960) 107 şi urm. = *La constitution économique de la République Fédérale Allemande, Revue économique* 1960, 266 şi urm.

** — **Inéxecution** *et faute contractuelle en droit comparé (Droits français, allemand, anglais)* (Bruxelles 1960).

** — **L'introduction et le contrôle de la constitutionalité** *des traités et en particulier des traités européens en droit allemand, RBDI* 1969, 425 şi urm.

** — **Le principe de la causalité** *en matière de pension alimentaire après divorce, RIDC* 1965, 761 şi urm.

— *Las relaciones del derecho comunitairo con el derecho de los Estados miembros de la CEE, Derecho de la integracion* (Buenos Aires 1968) 50 şi urm.

** — **La résolution** *des contrats synallagmatiques en droit allemand* (Paris 1940).

— *Schutzmassnahmen nacht Art. 226 EWG-Vertrag, NJW* 1964, 334 şi urm.

** — **Der Unterhaltsanspruch** *der geschiedenen Ehegatten im französischen Recht* (Köln 1965).

** — **Violation** *de la norme communautaire et responsabilité délictuelle en droit allemand, Mélanges Voirin* (Paris 1967).

CHEHATA, CHAFIK. — *Le Contrat en droit musulman, ZvglRwiss* 70 (1968) 81 şi urm.

CORNIL, GEORGES. — *La complexité des sources du droit comparé (Recueil Lambert)* I, 358.

COULSON. — *A History of Islamic Law* (Edinburgh 1964).

CZACHÒRSKI, WITOLD. — *Quelques aspects du droit comparé en Pologne, Livre du Centenaire*, II, 479 şi urm.

DAHRENDORF, R. — *Homo sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle* (ed. a 11-a, Köln şi Opladen 1972).

DARMSTÄDTER. — *Das Problem der vergleichenden Rechtsphilosophie, Zeitschrift für die Theorie des Rechts* 1938, 143 şi urm.

DAVID, RENÉ. — *A Civil Code for Ethiopia - Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries, TLR* 37 (1963) 187 şi urm.

— *Le Code civil éthiopien de 1960, RabelsZ* 26 (1961) 668 şi urm.

** — **Le droit comparé**, *enseignement de culture générale, RIDC* 2 (1950) 682 şi urm.

— *Droit comparé et système socio-politique, RIDC* 22 (1970) 263 şi urm.

— *Le droit français* (Paris 1960) 2 vol.

— *Le droit soviétique* (Paris 1954) vol. I.

— *L'intérêt de l'étude des droits étrangers pour la compréhension internationale, BISS* 1950 II, Nr. 1, 5 şi urm.

** — **Introduction** *à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (Paris 1948).

— *Lévy-Ullmann et le droit comparé*, în: *L'oeuvre juridique de Lévy-Ullmann* (Paris 1955) 76 şi urm.

— *The methods of unification, AJoCL* 16 (1968/69) 14 şi urm.

** — **La place actuelle du droit comparé** *en France dans l'enseignement et la recherche. Livre du Centenaire*, I, 51 şi urm.

** — **Réflexions** *sur le Colloque d'Istanbul, AnFD Istanbul* 6 (1956) 239 şi urm.

** — **Les sources** *du Code civil éthiopien, RIDC* 14 (1962) 497 şi urm.

** — *The legal systems of the world, their comparison and unification*, în: **International Encyclopedia** *of Comparative Law* (Tübingen 1971) Vol. 2, Cap. 5: The international unification of private law.

** — **Traité** *élémentaire de droit comparé* (Paris 1950).

— *L'unification internationale de droit privé* (Paris 1967/68).

— *Die Zukunft der europäischen Rechtsordnungen: Vereinheitlichung oder Harmonisierung ?* în: *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen* (Tübingen 1955).

DAVID, R. şi DE VRIES. — *The French legal System* (New York 1958).

** **DAVRAN, BÜLENT.** — *Bericht über die* **Anderungen** *im türkischen ZGB gegenüber dem schweizerischen, verbunden mit einigen Bermerkungen über den Sinn der Rezeption, AnFD Istanbul* 6 (1956) 131 şi urm.

— *Die Rechtsstellung der Pflegekinder und die Rezeption des schweizer Zivilgesetzbuches, AnFD Istanbul* 4 (1954) 405 şi urm.

DEBATIN, HELMUT. — *Das deutsch-indische Doppelbesteuerungsabkommen als steuerliche Grundlage für Investitionen in Indien, AWD* 1961, 6 şi urm.

— *Der doppelte Wohnsitz im internationalen Steuerrecht*, *AWD* 1966, 313 şi urm.

DEBEYRE. — *Le Conseil d'Etat belge* (Lille 1953).

DEGAN, V.D. — *L'interprétation des accords en droit international* (La Haye 1963).

DEMOGUE, RENÉ. — *Traité des obligations en général* (Paris 1925-1933) 7 vol.

— *L'Unification juridique* (Paris 1928).

DERINGER, ARWED. — *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (Düsseldorf 1965).

DESQUIROU, A.T. — *L'esprit des Instituts de l'empereur Justinian comparé avec les principes du Code Napoléon* (Paris 1810) 2 vol.

DICEY, A.V. — *Introduction to the study of the law of the constitution* (London, ed. a 10-a, 1960; ed. 1, 1885 apărută sub titlul: *Lectures introductory to the study of the law of the constitution*).

DICKEL. — *Uber das neue BGB für Montenegro und die Bedeutung seiner Grundsätze für die Kodifikation im allegemeinen* (Marburg 1889).

DICKSCHAT, SIEGFRIED. — *Problèmes d'interprétation des traités européens résultant de leur plurilinguisme*, *RBDI* 1968, 41 şi urm.

DIECKMANN, A. — *Compte rendu de l'ouvrage de Constantinesco, Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegatten im französischen Recht*, *AcP* 168 (1968) 414 şi urm.

** **DÖLLE, HANS.** — **Der Beitrag der Rechtsvergleichung** *zum deutschen Recht* în: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960* (Karlsruhe 1960) II, 22 şi urm.

— *Familienrecht* (Karlsruhe 1964, 1965) 2 vol.

— *Mitteilungen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Nr. 1 (1950/51) 2.

— *Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes - und Vertragstexte*, *RabelsZ* 26 (1961) 4 şi urm.

— *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 34 (1970) 403 şi urm.

— *Gezielte und gewachsene Rechtsvereinheitlichung*, *ZfRV* 1963, 133 şi urm.

— *Vom Stil in der Rechtsprache* (Tübingen 1949).

DREYFUS. — *L'oeuvre du Conseil d'Etat de Belgique* (Thèse Paris 1959).

** **DROBNIG, ULRICH.** — **Methodenfragen** *der Rechtsvergleichung im Lichte der «International Encyclopedia of Comparative Law»*, în: *Jus Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburstag*, vol. 1: *Rechtsmethodik und internationales Recht* (Tübingen 1969) 222 şi urm.

— *Das «Privatrecht» der Staatswirtschaft in der Ostzone*, *AcP* 152 (1953) 542 şi urm.

— *Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie*, *RabelsZ* 18 (1953) 294 şi urm.

** — **Methods of Sociological Research** *in Comparative Law*, *RabelsZ* 35 (1971) 496-504 (raport prezentat la Congresul de la Pescara, 1970).

DURAND, PAUL. — *La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé*, Dalloz 1956, chronique 76 şi urm.

EBULUBA şi SAMIN. — *Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény* (Paris 1939) I, 132 şi urm.

EHRLICH, EUGEN. — *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (ed. a 3-a, 1967; reeditare a ed. 1, München 1913).

EISENMANN, CHARLES. — *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et de classifications en science juridique*, *Archives de philosophie du droit* 11 (1966) 25 şi urm.

— *Les Sciences sociales dans l'enseignement supérieur: droit* (Paris UNESCO 1954) 46 şi urm.

ELIADE, MIRCEA. — *La nostalgie des origines* (Paris 1971).

EMINESCU, YOLANDA - EREMIA, MARIA IOANA. — *Die neue Regelung der wirtschaftlichen Verträge im Recht der sozialistischen Republik Rumänien*, *ZfHR* 135 (1971) 539 şi urm.

EMINESCU, YOLANDA. — *Sur le problème de la comparabilité des systèmes de droit différents*, *Jahrbuch für Ostrecht* 1974.

ENGELS. — *Origine de la famille, de la propriété et de l'Etat* (Zürich 1884).

ENNECCERUS - LEHMANN. — *Recht der Schuldverhältnisse* (ed. a 15-a, Tübingen 1959).

ENNECCERUS - NIPPERDEY. — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil* (ed. a 15-a, Tübingen 1959).

EÖRSI, GYULA. — *Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine civil, RIDC* 1966, 398 şi urm.

ERBE. — *Der Gegenstand der Rechtsvergleichung, RabelsZ* 1942, 196 şi urm.

ESCARRA, J. — *The Aims of Comparative Law, TempleLQ* 7, 309.

ESCARRA, J. şi RAULT, E. — *Principes de droit commercial* (Paris 1934) I.

** **ESMEIN, A.** — *Le droit comparé et l'enseignement du droit comparé, Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, BSLC* 29 (1900) 373 = **Procès-verbaux**, I, 445 şi urm.

ESSER, JOSEF. — *Schuldrecht, Allgemeiner Teil* (ed. a 4-a, Karlsruhe 1970) I.

— *Schuldrecht* (ed. a 3-a, Karlsruhe 1969) II.

** — **Grundsatz und Norm** *in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (ed. a 2-a, Tübingen 1964).

— *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970).

ETIEMBLE, R. — *La littérature comparée ou comparaison n'est pas raison* (*Annales de l'Université de Paris* 1957) 169 şi urm.

EVANS - GRISOLI - TREVES. — *Sociologie of Law and Comparative Law, Rapport au Ve Congrès mondial de sociologie* (Evian 1966).

FARJAT, G. — *Droit économique* (Paris 1971).

— *L'ordre public économique* (Thèse Paris 1963).

FEDOZZI. — *Uffizio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato, Archivo giuridico «Filippo Serafini»* 10 (1902) 225 şi urm.

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (Paris 1827).

FERID, MURAD. — *Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung, ZfRV* 1963, 193 şi urm.

— *Das französische Zivilrecht* (Frankfurt 1971) 2 vol.

FERID, M. - BERGMANN. — *Internationales und Kindschaftsrecht* (ed. a 4-a, 1969) cu actualizări realizate de Ferid.

FICKER. — *L'état du droit comparé en Allemagne*, *RIDC* 10 (1958) 712 şi urm.

FIKENTSCHER. — *Schuldrecht* (ed. a 3-a, Berlin, New York 1971).

FINDIKOGLU, Z.F. — *Special Aspects of the Turkish Reception of Law*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 155 şi urm.

FISCHER, H.A. — *Schlichtung internationaler Steuerkonflikte*, *AWD* 1961, 92 şi urm.

FLUME. — *Richterrecht im Steuerrecht*, *STbJ* 1964/65, 55 şi urm.

FONTANA, G. — *Introduzione al diritto pubblico comparato* (Firenze 1938).

FORSTHOFF. — *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (Halle 1940).

FRANCESKAKIS, PH. — *Droit international privé comparé, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international* (Paris 1968) I, 674 şi urm.

FRANCISCI, PIETRO DE. — *La scienza del diritto comparato secondo recente dottrine*, *RIFD* I (1921) 233 şi urm.

FRÉJAVILLE. — *L'astreinte*, D. 1949, Chron. 1.

FRIEDMANN, WOLFGANG. — *Legal Theory* (ed. a 2-a, London 1969).
— *The Uses of «General Principles» in the Development of International Law*, *AJoIL* 57 (1963) 279 şi urm.

FRIES. — *System der Logik* (ed. a 2-a, Heidelberg 1819).

FROBENIUS, LEO. — *Der Ursprung der afrikanischen Kulturen* (Berlin 1898).

FROMONT, MICHEL. — *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, *RTDE* 1966, 171 şi urm.

FRY, LORD JUSTICE - SIR EDWARD. — *A treatise on Specific Performance of Contracts* (ed. 1, London 1858).

FYZEE, A.A.A. — *Outlines of Muhammadan Law* (ed. a 2-a, Oxford 1955).

GARCIA - PELAYO, MANUEL. — *Derecho Constitucional comparado* (ed. a 6-a, Madrid 1961).

GARNER, JAMES W. — *Justice administrative en France et aux Etats-Unis* (*Recueil Lambert*) II, 79 şi urm.

— *French Administrative Law* (London 1967).

GAUDEMET, EUGÈNE. — *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (Basel şi Paris 1935).

GEIGER, TH. — *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (Berlin 1964).

** **GÉNY, FRANÇOIS.** — **Méthode d'interprétation** *et sources en droit privé positif* (ed. 1, Paris 1899; ed. a 2-a, 1954).

** — **Science et technique** *en droit privé positif* (Paris 1921-1930; vol. I, 1914; vol. II, 1915; vol. III, 1921; vol. IV, 1924).

* **GENZMER, ERICH.** — *Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, *ARSP* XLI (1954/55) 326 şi urm.

GESSNER, VOLKMAN. — *Soziologische überlegungen zu einer Theorie der angewandten Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 36 (1972) 229 şi urm.

GLUCKMAN, MAX. — *Concepts in the comparative Study of tribunal Law, Nader, Law in Culture and Society* (Chicago 1969).

* **GOFFIN, LÉON.** — *Observations: Responsabilité non-contractuelle de la CEE*, *CDE* 1968, 85 şi urm.

* **GOLDMAN, BERTHOLD.** — *IIIe Rapport général (47): Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques* (Paris 1955).

GOLDSCHMIDT, HANS. — *English Law from the Foreign Standpoint* (London 1937).

GOLDSCHMIDT, ROBERTO. — *El derecho económico, Estudios de derecho comparado* (Caracas 1958).

GOODHART. — *Le précédent en droit anglais et continental*, *Annuaire de l'Institut international de philosophie de droit et de sociologie juridique* (1934/35) 37 şi urm.

GORAI. — *L'influence du Code civil sur le Japon*, *Livre du Centenaire* (Paris 1904) II, 781 şi urm.

GRAEBNER. — *Methode der Ethnologie* (Heidelberg 1911).

DE LA GRASSERIE, RAOUL. — *Concept général et définition de la science du droit comparé* (*Procès-verbaux*) I, 205 şi urm. = *JbIVeVglRwiss* 6 (1904) 337 şi urm.

GRAVESON, R.H. — *L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples*, *RIDC* 10 (1958) 501 şi urm.

— *Philosophy and Function in Comparative Law*, *ICLQ* 1958, 48 şi urm.

— *The international unification of law*, *AJoCL* 16 (1968/69) 4 şi urm.

GRAY, J.C. — *The Nature and Sources of the Law* (ed. a 2-a, Boston 1963).

DE LA GRESSAYE, BRETHE. — *L'apport du droit comparé à la philosophie du droit, Livre du Centenaire* (Paris 1970) I, 68 şi urm.

GRISOLI, ANGELO. — *Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli Stati della Comunità europea in materia di responsabilità extra contrattuale* (*Studi Pavia* 1963).

— *Corso di diritto privato comparato* (Milano 1962).

— *La società con un solo socio* (Padova 1971).

GROSS, CHARLES. — *Sources and literature of English History from the earliest times to about 1485* (ed. a 2-a, London 1915).

GÜNTHER, L. — *Recht und Sprache* (Berlin 1898).

GUGGENHEIM, PAUL. — *Landesrechtliche Begriffe im Völkerrecht, vor allem im Bereich der internationalen Organisationen*, *Festschrift für Hans Wehberg* (Frankfurt 1956) 133-151.

GUIART, JEAN. — *Clés pour l'ethnologie* (Paris 1971).

GURVITCH, GEORGES. — *Eléments de sociologie juridique* (Paris 1940).

GUTTERIDGE, H.C. — *The Comparative Aspects of Legal Terminology*, *TLR* 13 (1938) 401 şi urm.

* — *Comparative Law: An Introduction to the comparative Method of legal studies and Research* (ed. a 2-a, Cambridge 1949) (traducere franceză Paris 1953, singura citată).

— *Comparative Law and the Law of Nations*, *BYIL* XXI (1944) 1 şi urm.

— *The Province of Comparative Law, Interpretations of Modern Legal Philosophie* (New York 1947).

— *The technique of unification of private Law*, *BYIL* 1939, 37 şi urm.

GUTZWILLER, MAX. — *Le développement historique du droit international privé*, *RCADI* 29 (1929) IV, 332 şi urm.
— *Rechtsvergleichung in kontinentaler Sicht*, *Recueil de travaux suisses*, *IVe Congrès international de droit comparé* (Genève 1954) 23 şi urm.

HÄFELIN. — *Das soziologische Element in der rechtsvergleichenden Methode, insbesondere im rechtsvergleichenden Verfassungsrecht*, în: *Recueil des travaux suisses présentés au VIIIe congrès international de droit comparé* (Bâle 1970) 102 şi urm.

HALL, JEROME. — *Comparative Law and Social Theory* (Louisiana 1963).

HALSBURY'S. — *Laws of England* (ed. a 3-a, London 1958).

HAMEL, JOSEPH. — *Avant-propos au: Le contrôle des changes et ses répercussions sur les institutions juridiques* (Paris 1955).

HAMSON, C.J. — *Droit comparé et enseignement du droit*, *RIDC* 2 (1950) 671 şi urm.
— *Executive Discretion and judicial Control: A study of the Conseil d'Etat* (London 1954).

HARTMANN, GUSTAV. — *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau* (Erlangen 1875).

HATZ, H. — *Rechtssprache und juristischer Begriff* (Stuttgart 1963).

HAUSER. — *L'enseignement des Sciences sociales* (Paris 1903).

HAY, PETER. — *Unification of Law in the United States: Uniform State Laws, Treaties and Judicially declared Federal Common Law*, în: *Reports from the United States of America on topics of major concern as established for the VIII Congress of the International Academy of Comparative Law* (Bruxelles 1970) 261 şi urm.

HAZARD, N. JOHN. — *Le droit soviétique* (Paris 1957) vol. 2.
— *Comparative Law in Legal Education*, *UoCLR* 18 (1951) 264.
— *Problems of Reception in the United States*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 217 şi urm.
** — **Socialist Law** *and the International Encyclopedia*, *HarvLR* 79 (1965) 278 şi urm.

HAZARD, JOHN - SZLADITS, CHARLES. — *Le développement du droit comparé aux Etats-Unis d'Amérique*, *Livre du Centenaire* (Paris 1971) II, 337 şi urm.

HÉBRAUD. — *La pension alimentaire de l'art. 301 du Code civil et les conventions en vue du divorce*, J.C.P. 1952.I.978.

HECK. — *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen 1932).

VAN HECKE, GEORGES. — *Ziele und Methoden der juristischen Zusammenarbeit der Benelux-Staaten*, în: *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen* (Tübingen 1955) 33 şi urm.

HEITZ, RUDOLF. — *Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluss der public policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht* (Zürich 1959).

HELDRICH, A. — *Art. 215 Abs. 2 EWGV ein Irrweg zur europäischen Rechtseinheit*, *JZ* 1960, 681 şi urm.

— *Die allgemeinen Grundsätze der ausservertraglichen Schadenshaftung in der EWG* (Frankfurt-Berlin 1961).

* — *Sozialwissenschaft und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 34 (1970) 428 şi urm.

HELLNER, JAN. — *Unification of Law in Scandinavia*, *AJoCL* 16 (1968/69) 88 şi urm.

HENGSTENBERG. — *Ansprüche Dritter bei Schädigungen aus Vertragsverletzungen im deutschen und französischen Recht* (Diss. München 1962).

HENSEL, A. — *Die Rangordnung der Rechtsquellen, insbesondere das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzgebung. Handbuch des deutschen Staatsrechts* (Tübingen 1930) II.

HERZOG, J.B. — *Les principes et les méthodes du droit pénal comparé*, *RIDC* 9 (1957) 337 şi urm.

HEYMANN, ERNST. — *Uberblick über das englische Privatrecht, Holtzendorff-Kohler Encyclopädie* (ed. a 7-a, München-Leipzig 1914) II, 281 şi urm.

— *Verschulden bei Erfüllungsverzug*, *Festschrift für Enneccerus* (Marburg 1913) 15 şi urm.

HIMMELSCHEIN, J. — *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, *AcP* 135 (1932) 255 şi urm.

HINTZE, O. — *Gesammelte Abhandlungen* (Leipzig 1941).

HIRSCH, ERNST E. — *Bernsdorf-Bülow Wörterbuch der Soziologie* (Stuttgart 1955) 414 şi urm.

** — **Rechtssoziologie heute**, *Studien und Materialen zur Rechtssoziologie* (Köln 1967).

** — **Die Rezeption** *fremden Rechts als sozialer Prozess, Festschrift für Bülow* (Berlin 1960) 121 şi urm.

** — **Vier Phasen** *im Ablauf eines zeitgenössischen Rezeptionsprozesses, ZvglRwiss* 69 (1967/68) 182 şi urm.

** — **Was kümmert uns die Rechtssoziologie ?** *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge* (Berlin 1966).

** — **Das schweizerische Zivilgesetzbuch** *in der Türkei, Schweizerische Juristenzeitung* 50 (1954) 337 şi urm.

HIRSCH, HANS-JOACHIM. — *Richterrecht und Gesetzesrecht, JR* 1966, 334 şi urm.

HOLDSWORTH, W.S. — *Sources and Literature of English Law* (ed. 1, Oxford 1952).
— *A History of English Law* (ed. a 4-a, London 1966) 13 vol.

HUBER, E. — *Les régimes matrimoniaux des cantons suisses (Procès-verbaux)* II, 206 şi urm.

HÜBNER, ULRICH. — *Die Haftung des* **gardien** *im französischen Zivilrecht* (Karlsruhe 1972).

* **VON HÜLSEN, H.V.** — *Sinn und Methode der Rechtsvergleichung insbes. bei der Ermittlung übernationalen Zivilrechts, JZ* 1967, 630.

HUG, WALTHER. — *The History of Comparative Law, HarvLR* XIV (1931/32) 1047 şi urm.

HUG şi IRELAND. — *The Progress of Comparative Law, TLR* 6 (1931) 73 şi urm.

HURGRONJE, SNOUCK. — *Le droit musulman, Revue de l'histoire des religions* 37 (1898) 189 şi urm.

INHÜLSEN. — *Die Freie Rechtsfindung in Deutschland und England, RheinZ* III (1911) 348 şi urm.

IONASCU - BARASCH. — *Les contrats économiques dans le droit de la République Socialiste de Roumanie, RIDC* 18 (1965) 887 şi urm.
— *Teoria generală a contractelor economice* (Bucureşti 1963-1965) 2 vol.

ISHIMOTO. — *L'influence du Code civil français sur le droit civil japonais, RIDC* 5 (1954) 744 şi urm.

JAENICKE. — *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, în: *Länderberichte und Rechtsvergleichung, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 44 (Köln, Berlin 1967) 859 şi urm.

JAKOBS, OTTO WILHELM. — *Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnungen*, *OSTEuRe* 1963, 109 şi urm.

JAROSZYNSKY. — *Rapport et intervention orale*, în: *Le concept de la légalité dans les pays socialistes* (Varsovie 1961) 328.

JENKS, E. — *Sources and Judicial Organization of English Law*, *AAuIC* (ed. 1, Berlin 1931) I, 2, 1 şi urm.

JENNINGS, IVOR. — *Principles of Local Government* (1931).

— *Les caractéristiques du droit public anglais* (*Recueil Lambert*) II, 340 şi urm.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. — *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, *Recht und Staat*, Cahier 181/182 (Tübingen 1955).

* **JHERING, RUDOLF VON.** — *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (ed. a 9-a/ed. a 10-a, Aalen 1968) 3 vol.

— *Vorgeschichte der Indoeuropäer* (Leipzig 1894).

— *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz. Von einem Unbekannten* (Berlin 1861-1866); publicat, mai târziu, ca o primă parte a lucrării: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (ed. a 2-a, Leipzig 1885).

* **JOKL, M.** — *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationales* (Paris 1936).

* **KADEN, E.H.** — *Rechtsvergleichung, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* (Berlin 1938) vol. VI, 10 şi urm.

KAHN, FRANZ. — *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé*, *BSLC* 22 (1899/1900) 406 şi urm. = *Procès-verbaux* II, 317 şi urm. = *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in Bezug auf das internationale Privatrecht, Abhandlungen zum internationalem Privatrecht* (editat de Lenel et Lewald, München 1928) I, 491 şi urm.

KAHN - FREUND, O. — *Comparative Law in Action*, *AJoCL* 18 (1970) 429 şi urm.

— *Comparative Law as an Academic Subject* (Oxford 1965).

KAISER, JOSEPH. — *Vergleichung im öffentlichen Recht, Rapport au Congrès de Wien 1963, ZaöRV* 24 (1964) 391 şi urm.

KANTOROWICZ. — *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (Mannheim 1925).

KASER, MAX. — *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, JuS* 1967, 337 şi urm.

KAUFMANN, ARTHUR. — *Analogie und «Natur der Sache», zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (Karlsruhe 1963).

— *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, Festschrift für Engisch* (Frankfurt/M. 1969) I, 243 şi urm.

KAUFMANN, ERICH. — *Autorität und Freiheit, Gesammelte Schriften* (Göttingen 1960).

KEGEL, G. — *Internationales Privatrecht* (ed. a 3-a, München şi Berlin 1971).

KEETON. — *The Law of Trusts* (ed. a 7-a, London 1957).

KINDERMANN - DIETRICH. — *Lexikon der Weltliteratur* (ed. a 3-a, 1951).

KLEE. — *Dem Andenken J. Kohlers (Hommage à l'occasion du 70e anniversaire de Josef Kohler), AStRe* 67 (1919) 341 şi urm.

KLEIN, FRÉDÉRIC EDOUARD. — *L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière de droit privé, RIDC* 11 (1959) 821 şi urm.

KITAGAWA, Z. — *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt-Berlin 1970).

KLISCH, RUPERT. — *Gesetz und Verordnung in der Verfassung der 5. französischen Republik vom 4. Oktober 1958* (Berlin, München 1971).

KÖTZ, HEINZ. — *Trust und Treuhand* (Göttingen 1963).

— *Haftung für besondere Gefahr. Generalklausel für die gefährdungshaftung, AcP* 170 (1970) 1 şi urm.

** **KNAPP, VIKTOR.** — **Quelques problèmes méthodologiques** *dans la science du droit comparé, Revue roumaine des sciences sociales (Série des sciences juridiques)* 12 (1968) 75 şi urm.

— *Le droit comparé en Tchécoslovaquie, Livre du Centenaire*, II, 533 şi urm.

** — **Le concept de la personne morale** *dans le droit tchécoslovaque, RIDC* 11 (1959) 519 şi urm.

** — **Verträge im tschechoslowakischen Recht** *Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Gesellschaftsordnung*, *RabelsZ* 27 (1962/63) 495 şi urm.

KNAUTHE, KARL-HEINZ. — *Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie. Eine Würdigung der Lehre von Müller-Erzbach* (Berlin 1968).

KOHLER, JOSEF. — *Die Freiheitsbewegung in den Vereinigten Staaten*, *DJZ* XVI (1911) 918 şi urm.

— *De la méthode du droit comparé* (*Procès-verbaux*) I, 231.

— *Uber die Interpretation von Gesetzen*, *GrünhutsZ* 13 (1886) 1 şi urm.

— *Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemande*, *Livre du Centenaire du Code civil* (Paris 1904) II, 617 şi urm.

* — *Zur Urgeschichte der Ehe*, *ZvglRwiss* XII (1897) 189.

* **KOSCHAKER, PAUL.** — *Europa und das römische Recht* (ed. a 2-a, München şi Berlin 1953).

** — **L'histoire du droit** *comparé surtout en Allemagne* (*Recueil Lambert*) I, 282 şi urm.

** — *Uber einige* **Probleme des Eherechts** *im Lichte der vergleichenden Rechtsgeschichte*, *DtRwiss* 4 (1939) 67 şi urm.

** — *Was vermag die vergleichende Rechtswissenchaft zur Indogermanenfrage beizusteuern ? Festschrift für Hermann* **Hirt** (titlu: *Germanen und Indogermanen*, Heidelberg 1936, 2 vol.) I, 405 şi urm.

KOSCHEMBAR - LYSKOWSKI. — *Le rôle du droit romain pour le droit comparé* (*Recueil Lambert*) I, 257 şi urm.

KOVALEWSKY, MAXIME. — *La sociologie et l'histoire comparée du droit* (*Procès-verbaux*) I, 412 şi urm.

KRAMER, ERNST. — *Topik und Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 33 (1969) 6 şi urm.

KRAWIETZ. — *Das positive Recht und seine Funktion* (1970).

KRÜGER, HANS CHRISTIAN. — *The Council of Europe and Unification of Private Law*, *AJoCL* 16 (1968/69) 127 şi urm.

KUBALI, NAIL. — *Les facteurs déterminants de la réception en Turquie et leur portée respective*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 44 şi urm.

* **KUHN, ARTHUR K.** — *La fonction de la méthode comparative dans l'histoire de la philosophie du droit* (*Recueil Lambert*) I, 315 şi urm. = *The Function of the Comparative Method in Legal History and Philosophy*, *TLR* XIII (1938/39) 350 şi urm.

KUNZ, JOSEF. — *Zum Begriff der* **nation civilisée** *im modernen Völkerrecht*, *ZöR* 7 (1928) 86 şi urm.

LAGRANGE, MAURICE. — *The Non-Contractual Liability of the Community in the E.C.S.C. and in the E.E.C.*, *CMLR* 3 (1965/66) 32 şi urm.

LALOU, HENRI. — *Les ayant-droits à indemnité à la suite d'accidents mortels*, D.H. 1931, Chronique 25 şi urm.

LAMBERT, EDOUARD. — *Du contrat en faveur des tiers* (Paris 1893).
— *Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique universelle*, *Revue de l'Université de Lyon* (1929).

** — **La Fonction** *du droit civil comparé* (Paris 1903).

** — **Rapport général** (*Procès-verbaux*) I, 26 şi urm.
— *Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative. Recueil Gény* (Paris 1934) III, 471 şi urm.

LONGCHAMPS DE BERIER, ROMAN. — *Le nouveau code polonais des obligations*, *BSLC* 64 (1934/35) 329 şi urm.

LANGE, HEINRICH. — *BGB, Allgemeiner Teil* (ed. a 13-a, München 1970).

LANGLOIS. — *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence* (Thèse Caen 1897).

LANGROD, GEORGES. — *Administrative Contracts. A comparative Study*, *AJoCL* 1955, 325 şi urm.
— *Contribution à l'étude de la terminologie administrative*, *RISA* 1953, 285 şi urm.

** — *Quelques* **réflexions** *méthodologiques sur la comparaison en science juridique*, *RIDC* 9 (1957) 353 şi urm.

** **LARENZ, KARL.** — **Geschäftsgrundlage** *und Vertragserfüllung; die Bedeutung veränderter Umstände im Zivilrecht* (ed. a 3-a, München şi Berlin 1963).

** — **Methodenlehre** *der Rechtswissenschaft* (ed. a 2-a, Berlin-Heidelberg 1969).

— *Lehrbuch des Schuldrechts, Allg. Teil* (ed. a 10-a, 1970).
— *Schuldrecht*, Vol. II (ed. a 9-a, 1968).
— *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift für A. Nikisch* (Tübingen 1958) 275 şi urm.

LAUTERBACH. — *Private Law Sources and analogies of international law* (New York, Toronto, Bombay, Calcutta şi Madras 1927).

LAVIGNE, PIERRE. — *Climats et sociétés* (Paris 1966).

LAWSON, F.H. — *A Common Lawyer looks at the Civil Law* (*Ann Arbor: University of Michigan Law School* 1953).
— *Dicey revisted, Political Studies* 7 (1959) 109 şi urm.
— *The Field of Comparative Law, JuRev* 1949, 16.

* **LECHELER, H.** — *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Grundsätze* (Berlin 1971).

LEE, R.W. — *Comparative Law and Comparative Lawyers, JSPTL* 1936, 3 şi urm.

LEENEN, DETLEF. — *Typus und Rechtsfindung* (Berlin 1971).

LE FUR. — *La coutume et les principes généraux du droit comme source du droit international public* (*Recueil Gény*, 1936) III, 362 şi urm.

LEGAZ Y LACAMBA. — *Comparacio juridica y filosofia del derecho, Revista del Instituto de derecho comparado* (Barcelona) 1953, Nr. 1.

LEHMANN, HEINRICH. — *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. Nouvelle édition par Heinz Hübner* (ed. a 16-a, Berlin 1966).

LEIST, B.W. — *Gräco-italische Rechtsgeschichte* (Jena 1884; reeditare 1964).

** **LEPAULLE, P.** — **The Function of Comparative Law** *with a Critique of the Sociological Jurisprudence, HarvLR* XXXV (1921/22) 838 şi urm.
— *Traité théorique et pratique des Trusts* (Paris 1932).
— *Henri Lévy-Ullmann et le droit mondial*, în: *L'oeuvre juridique de Lévy-Ullmann* (Paris 1955) 111 şi urm.

LEPELETIER, EUGÈNE. — *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations* (Thèse Caen 1934).

LETOURNEUR, MAXIME. — *L'influence du droit comparé sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français, Livre du Centenaire*, I, 211 şi urm.

LÉVY-BRUHL, HENRI. — *Sociologie du droit* (Paris 1964).

LÉVY-STRAUSS. — *Anthropologie structurale* (Paris 1958).

LÉVY-ULLMANN, HENRI. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. Le système juridique de l'Angleterre. Le système traditionnel* (Paris 1928).

— *Rapports du droit international privé avec le droit comparé*, *BSLC* 61 (1931/32) 205 şi urm.

— *De l'utilité fondamentale des études comparatives, La Revue de droit* (Québec 1922-23) 385 şi urm.

LEWALD, HANS. — *Eine «Dritte Schule im internationalen Privatrecht» ?*, *NJW* 1949, 644 şi urm.

— *Règles générales des conflits de lois*, *RCADI* 69 (1939) III, 5 şi urm.

LIMPENS, JEAN. — *L'étude du droit comparé envisagée comme moyen de rechercher les matières susceptibles d'unification sur le plan international*, în: *Rapports généraux au Ve Congrès international de droit comparé, Bruxelles 4-9 Août 1958* (Bruxelles 1960) I, 93 şi urm.

LINANT DE BELLEFONDS. — *Immutabilité du droit musulman et réforme législative en Egypte*, *RIDC* 7 (1955) 5 şi urm.

— *Traité de droit musulman comparé* (ed. 1, Paris 1965).

LIPSTEIN, K. — *Doctrine of Precedent in Continental Law*, *JoCL* (3e série 1946) 34 şi urm.

** — **The Reception** *of Western Law in Turkey*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 11 şi urm.

LISZT, FRANZ VON. — *Der Zweckgedanke im Strafrecht, strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (Berlin 1905) I.

— *La notion de la politique criminelle* (*Procès-verbaux*) II, 540 şi urm.

LLOYD, DENIS. — *Public Policy. A comparative Study in English and French* (London 1953).

* **LOEBER.** — *Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung*, *RabelsZ* 27 (1962/63) 201 şi urm.

** — **Der** *hoheitlich gestaltete* **Vertrag** *(Eine vergleichende Untersuchung über den Planvertrag im Sowjetrecht und den «diktierten Vertrag» im Recht der Bundesrepublik Deutschland)* (Berlin-Tübingen 1969).

LORENZ, WERNER. — *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung*, *JZ* 1960, 108 şi urm.

— *General Principles of Law: Their elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, *AJoCL* 13 (1964) 1 şi urm.

— *Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey* (München şi Berlin 1965) II, 797 şi urm.

— *Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts*, *JZ* 1962, 269 şi urm.

LOTTIG, HANS. — *Marx und das Recht* (Hamburg 1961).

LUKIC. — *Notions de la propriété dans l'Europe socialiste et dans les Etats capitalistes*, *RabelsZ* 27 (1962/63) 2 şi urm.

LUCAS, R. — *Quellen und Formen des Sowjetrechts* (Herrenalb 1965).

LYON-CAEN. — *La femme mariée allemande. Ses droits et ses intérêts pécuniaires* (Paris 1903).

LYON-CAEN, G. — *Table ronde sur les études et les recherches de droit comparé en U.R.S.S.*, *RIDC* 1964, 73 şi urm.

LORD MACKENZIE. — *Studies in Roman Law, with Comparative Views of France, England and Scotland* (ed. a 7-a, Edinburgh 1896).

MAGGS, PETER B. — *Unification of Law in Eastern Europe*, *AJoCL* 16 (1968/69) 107 şi urm.

** **MAIHOFER, WERNER.** — **Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft**, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1970, 20 şi urm.

— *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Bielefeld 1970) I, 11 şi urm.

** — **Realistische Jurisprudenz**, *Rechtstheorie*, *Beiträge zur Grundlagendiskussion* (Frankfurt 1971).

MAKAROV, ALEXANDER. — *Compte rendu de l'ouvrage de* **David**, *Le droit soviétique*, în: *RabelsZ* 19 (1954) 772.

— *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (Tübingen 1944).

MALAURIE, PH. — *L'ordre public et le contract, Etude de droit civil comparé: France, Angleterre, URSS* (Thèse Paris 1953).

** **MALINTOPPI, ANTONIO.** — **Mesures** *tendant à prévenir les divergences dans l'interprétation des règles de droit uniforme, IIe rencontre des organisations s'occupant de l'Unification du droit privé (Unidroit)* (Rome 1959) 5 şi urm.

* — *Les relations entre l'unification et l'harmonisation du droit et la technique de l'unification ou de l'harmonisation par la voie d'accords internationaux, IVe recontre des organisations s'occupant de l'unification du droit, Institut International pour l'Unification du Droit Privé (Unidroit)* (Rome 1968).

MALMSTRÖM, AKE. — *Die Zusammenarbeit der nordischen Staaten auf dem Gebiet der Gesetzgebung*, în: *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen* (Tübingen 1955) 18 şi urm.

** **MANN, F.A.** — **The interpretation** *of uniform statutes, LQR* 62 (1964) 278 şi urm.

— *Reflexions on a commercial law of nations, BYIL* 33 (1957) 20 (citat în versiunea germană: *Betrachtungen über ein Völkerhandelsrecht*, în: *Studien zum europäischen Wirtschaftsrecht*, cahier 5, Baden-Baden, Bonn 1962).

MARX, YVONNE. — *Vingt-cinq ans d'expérience de la pratique du droit comparé*, în: *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière* (Paris 1964) 352 şi urm.

MATTEUCCI, MARIO. — *Les méthodes de l'unification de droit. Rapport complémentaire au Rapport général présenté à la première rencontre* (Rome 1959).

— *Les méthodes de l'unification du droit, Ire Rencontre des organisations s'occupant de l'unification du droit (Barcelone, les 17-20 septembre 1956). Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)* (Rome 1956).

MAUNIER. — *Droit et économie politique* (Thèse Paris 1910).

MAURY, J. — *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit, Le droit privé français au milieu du XXe siècle (Mélanges Ripert*, Paris 1950) I, 28 şi urm.

MAYDA, J. — *A critical look at «comparative law» teaching in the United States, JoLE* XVII (1964) 193 şi urm.

— *Quelques réflexions critiques sur le droit comparé contemporain, RIDC* 22 (1970) 57 şi urm.

** **MAZEAUD, HENRI şi LÉON şi TUNC, ANDRÉ.** — **Traité** *théorique et pratique* **de la Responsabilité** *civile, délictuelle et contractuelle* (ed. a 6-a, Paris 1965) I.

McDOUGAL. — *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*, *AJoCL* 1 (1952) 29 şi urm.

McELROY, ROY GRANVILE. — *Impossibility of performance* (Cambridge 1941).

McILWAIN, CHARLES H. — *Constitutionalism, Ancient and Modern* (Ithaca, N.Y. 1940).

McNAIR, A. — *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique*, *RCADI* 43 (1933) I, 251 şi urm.

— *Frustration of Contracts by War*, *LQR* 1940, 205 şi urm.

— *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *BYIL* 33 (1957) 1 şi urm.

— *Halbury's Laws of England*, vol. 8 (ed. a 3-a, London 1952) Nr. 280 şi urm.

MEHL, LUCIEN. — *Informatique juridique et droit comparé*, *RIDC* 20 (1968) 620 şi urm.

MEIER - HAYOZ, ARTHUR. — *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Bern 1962).

** — **Der Richter** *als Gesetzgeber* (Zürich 1951).

MEILI, FRANZ. — *Institutionen der vergleichenden Rechtswissenschaft* (Stuttgart 1898).

MEILLET. — *Introduction à l'étude comparative des langues indo-européennes* (ed. a 6-a, Paris 1924).

MENGER, ANTON. — *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (reeditare 1968).

* **MENNEL, ANNEMARIE.** — *Die Steuersysteme in EWG-Staaten, EFTA-Staaten und den USA* (Herne-Berlin 1971).

MESSINEO, F. — *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, în: *Annuario dell' «Università Cattolica de Sacro Cuore»* (1929/30) 31 şi urm.

MEZGER, ERNST. — *Nouveau régime des sociétés anonymes* (Thèse Paris 1939).

MIGLIAZZA, ALESSANDRO. — *La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et le problème des sources du droit*, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 12 (1962/63) 341 şi urm.

MILLIOT, LOUIS. — *Introduction à l'étude du droit musulman* (ed. 1, Paris 1953).

MIRKINE - GUETZÉVITCH. — *Les méthodes d'études du droit constitutionnel comparé*, *RIDC* 1 (1949) 397 şi urm.

MÖLLER, WOLFDIETRICH. — *Die Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften* (Göttingen 1967).

MÖRSBERGER, MANFRED. — *Das Prinzip der identischen Strafrechtsnorm im Auslieferungsrecht* (Berlin 1969).

MOHANNA, MOHAMED FUAD ISMAIL. — *Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés* (Thèse Paris 1930).

MOMMSEN, FRIEDRICH. — *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig 1853).

MONACO, RICCARDO. — *Appunti di diritto pubblico comparato* (Torino 1936).

** **MOSLER, H.** — **L'application** *du droit international public par les tribunaux nationaux*, *RCADI* 91 (1957) I, 619 şi urm.

— *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe* (Köln-Berlin 1967).

MOULIN, LEO. — *La méthode comparative en science politique*, *RIdHPC* 1957, 57 şi urm.

MOUNIN, GEORGES. — *Clefs pour la Linguistique* (Paris 1968).

MUCH, WALTER. — *Die Haftung der Europäischen Gemeinschaften für des rechtswidrige Verhalten ihrer Organe*, în: *Länderberichte und Rechtsvergleichung, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 44 (Köln-Berlin 1967) 723 şi urm.

MÜLLER, E. — *Le Code Civil en Allemagne*, *Livre du Centenaire* (Paris 1904) II, 627 şi urm.

MÜLLER, HORST. — *Gedanken zum Schutz des Guten Glaubens*, *ZRVgl* 1963, 3 şi urm.

MÜLLER - ERZBACH. — *Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens* (München 1950).

MÜLLER - FREIENFELS, WOLFRAM. — *Observaciones al derecho comparado con especial considéracion de Derecho de Familia*, în: *Libro homenaje a Roberto Goldschmitt* (publicaţie specială Caracas 1967) 164 şi urm.

— *The Unification of family law*, *AJoCL* 16 (1968/69) 175 şi urm.

MÜLLER - ROEMER. — *Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung zwischen beiden Teilen Deutschlands*, *OstEuRE*, 1969, 5 şi urm.

MUGDAN. — *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deustche Reich* (Berlin 1899).

NADELMANN, KURT H. — *Uniform legislation versus international conventions revisited*, *AJoCL* 16 (1968/69) 28 şi urm.

NAKAMURA, HIDEO. — *Die Rezeption des deutschen Rechts im Japan*, *ZZP* 84 (1971) 74 şi urm.

NERI, SERGIO. — *Sull interpretazione dei trattati nel diritto internazionale* (Milano 1958).

NESTIANU, NICOLAS. — *Du système de compensation du Code civil allemand* (Thèse Paris 1938).

NEUBECKER. — *Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung* (Leipzig 1907).

NEUHAUS, H. — *Rechtsvereinheitlichung*, *Staatslexikon* (ed. a 6-a, 1961) VI, 727.

NEUKAMP, ERNST. — *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts* (Berlin 1895).

NEUMANN - DUESBERG, HORST. — *Sprache im Recht* (Münster 1949).

* **NEUMAYER, KARL.** — *Betrachtungen zum rechtsvergleichenden Unterricht auf internationaler Grundlage*, *RabelsZ* 32 (1968) 411 şi urm.

** — **Fremdes Recht** *aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung*, *RabelsZ* 34 (1970) 422 şi urm.

— *Vertragsschluss durch Kreuzofferten*, *Festschrift für Otto Riese* (Karlsruhe 1964) 309 şi urm.

NEUMAYER - DOPFFEL. — *Ein Jahrhundert türkischer Rezeptionsgeschichte*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 53.

NIBOYET, J.P. — *La fonction du droit comparé*, *Pandectele române* 1934, 251 şi urm.

** — **Montesquieu et le droit comparé.** *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, în: *Bicentenaire de l'Esprit des Lois 1748-1948* (Paris 1952) 256 şi urm.

— *Rapport* (Enquête UNESCO) 47 şi urm.

** — *Traité de* **droit international privé** *français, Tome III, Conflit des lois, d'autorités et des juridictions* (Paris 1944).

NODA, YOSIYUKI. — *Le développement du droit comparé depuis 1868 et la situation actuelle des études comparatives du droit au Japon, Livre du Centenaire* II, 411 şi urm.
— *Introduction au droit japonais* (Paris 1966).

NOLDE, BORIS DE. — *La codification du droit international privé, RCADI* 55 (1936) I, 301 şi urm.

OLDEKOP, DIETER. — *Die Richtlinien der EWG* (Göttingen 1968).

OPPIKOFER. — *Internationale Rechtsvereinheitlichung als Nachkriegsproblem, Schweizererische Juristenzeitung* 1945, 97 şi urm.

OPREA, ZENO. — *Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand* (Thèse Paris 1935).

ORTEGA Y GASSET. — *Elend und Glanz der Ubersetzung* (München 1956).

OTETELISANO, ALEXANDRE. — *Esquisse d'une théorie générale de la Science du droit comparé* (Paris 1940).

OWEN, RICHARD. — *Lectures on the Comparative Anatomy and Physiology of the Invertebrate Animals* (London 1843).

PARSONS, TALCOTT. — *Recht und soziale Kontrollle, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Număr special al *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (1967) 122 şi urm.
— *The Social System* (Glencoe, III, 1952).

PARTSCH, KARL J. — *Verbo: Vereinbarungstheorie, Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. III (Berlin 1962).

PAUL, HERMANN. — *Principien der Sprachgeschichte* (Halle 1880).

PEDAMON, MICHAEL. — *La Réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations* (Thèse Paris 1956).

PERCEROU. — *A propos d'une théorie nouvelle sur la responsabilité, ADC* XII (1898) 64 şi urm.
— *A propos d'un nouveau livre sur «la méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif» ADC* XIV (1900) 152 şi urm.

PETER, HANS. — *Römisches Recht und englisches Recht* (Wiesbaden 1969).

— *Action und Writ, Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe* (Tübingen 1957).

PÉTERI, ZOLTAN. — *Some Aspects of the sociological Approach in Comparative Law, Droit hongrois - droit comparé* (Budapest 1970).

PFAFF, DIETER. — *Das Problem der Unterscheidung «öffentliches und privates Recht» in der Entwicklung der sowjetischen Rechtslehre, ZvglRwiss* 70 (1968) 129 şi urm.

PFENNINGER, H.E. — *Eine Frage des Auslieferungsrechts, Schweizerische Juristenzeitung* 10 (1913/14) 62 şi urm.

PHILIPP, ALFRED. — *Probleme des Doppelbesteuerung auf Grund der Verschiedenheit der Steuersysteme der Vertragsstaaten und der Verschiedenheit von Vertragstypen, Deutsche Steuerzeitung, publication A*, 55 (1967) 245 şi urm.

PHILIPPS, GÜNTHER. — *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechtsve- reinheitlichung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (Frankfurt, Berlin 1965).

PIEPENBROCK, R. — *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg* (Köln 1964).

PLANIOL, MARCEL. — *Traité élémentaire de droit civil* (Paris 1899).

PLANIOL - RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français* (ed. a 2-a, Paris 1952).

PLEYER. — *Wirtschaftsordnung und Arbeitsrecht, ZfHR* 1963, 81 şi urm.

— *Vertrag und Wirtschaftsordnung, JZ* 1963, 233 şi urm.

PLUCKNETT. — *A concise History of the Common Law* (ed. a 5-a, London 1956).

POINCARÉ, H. — *La valeur de la science* (Paris 1913).

POLLOCK, SIR FREDERIC. — *The Expansion of the Common Law* (ed. 1, New York 1912).

** — **The History of Comparative Jurisprudence**, *JoCL* V (1903) 76 şi urm.

** — **Le droit comparé**: *Prolégomènes de son histoire* (*Procès-verbaux*, Paris 1905) I, 257 şi urm.

POLLOCK şi MAITLAND. — *The History of English Law before the Time of Edward I* (ed. a 2-a, London 1923; ed. a 3-a, de S.I.C. Milsom 1968) 2 vol.

POPESCU, TUDOR. — *Les contrats économiques en Roumanie comme instruments d'exécution du plan, Annales de la Faculté du droit de Liège* (1971).

POPESCU, TUDOR şi ANCA, PETRE. — *Teoria generală a obligaţiilor* (Bucureşti 1968).

POSCH, MARTIN şi PETEV, VALENTIN. — *Vergleichung in der Rechtslehre, Staat und Recht* 1966, 88 şi urm.

POST, A. — *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, Gedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf soziologischer Basis* (Oldenburg 1884).

— *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (Oldenburg-Leipzig 1884-1895; reeditare Aalen 1970) 2 vol.

— *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts* (Oldenburg şi Leipzig 1889).

POSTACIOGLU, ILHAN, E. — *Quelques observations sur la technique des codes étrangers à la lumière de l'expérience turque, AnFD Istanbul* 6 (1956) 63 şi urm.

POTTER. — *Historical Introduction to English Law* (ed. a 3-a, London 1948).

— *Introduction to the History of Equity and its Courts* (ed. 1, London 1931).

— *Short Outline of English Legal History* (ed. a 4-a, London 1945).

POUND, ROSCOE. — *Comparative Law and History as Basis for Chinese Law, HarvLR* 61 (1947/48) 749 şi urm.

— *The Study of Roman Law, Nebraska Legal News*, 1893 (July 25) 1 şi urm.

— *Comparative Law in Space and Time, AJoCL* 4 (1955) 70 şi urm.

— *Law in Books and Law in Action, AmLR* 44 (1910) 12 şi urm.

— *Phillosophy of Law and Comparative Law, University of Pennsylvania Law Review*, 1951, 1 şi urm.

— *Scope and Purpose of sociological Jurisprudence, HarvLR* 25 (1912) 489, 516.

— *Social Control through Law* (Yale 1942).

— *Outlines of Lectures in Jurisprudence* (ed. a 5-a, 1943).

— *What may we expect from Comparative Law, ABAJ* XXII (1936) 56 şi urm.

— *The place of Comparative Law in the American Law School Curriculum*, *TLR* 8 (1934) 61 şi urm.

PRITSCH, E. şi SPIES, O. — *Klassisches Islamisches Recht: Handbuch der Orientalistik* (ed. 1, Leiden, Köln 1964) I, volum suplimentar III, 220-344.

PUCHTA. — *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen, vol. I : 1828; vol. II : 1837).

QUADRI, ROLANDO. — *Diritto internazionale pubblico* (ed. a 4-a, Palermo, fără dată).

QUADRI, MONACO, TRABUCCHI. — *Commentario del trattato istitutivo della Comunità economica europea* (Milano 1965) 4 vol.

QUINTANO RIPPOLÈS, JOHANNA-HEILPERN DE QUINTANO. — *Diccionario de derecho comparado (Aléman-Espanol)* (Madrid 1951).

RABE, HANS-JÜRGEN. — *Das Verordnungsrecht der Europäischen Gemeinschaften* (Hamburg 1964).

* **RABEL, ERNST.** — *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (München 1925).

— *The Conflict of Law. A Comparative Study* (*Ann Arbor: University of Michigan Law School*) vol. 1, ed. a 2-a, 1958; vol. 2, ed. a 2-a, 1960; vol. 3, ed. 1, 1950; vol. 4, ed. 1, 1958.

— *Deutsches und amerikanisches Recht*, *RabelsZ* 16 (1951) 358 şi urm.

** — *Die* **Fachgebiete** *des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, *25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (Berlin 1937)* (*Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1967).

— *Origine de la règle: «impossibilium nulla est obligatio»*, *Mélanges Gérardin* (Paris 1907) 473 şi urm.

— *Das Problem der Qualifikation*, *RabelsZ* 5 (1931) 241 = *Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale* 2 (1932) 97 = *Gesammelte Aufsätze*, II, 189 şi urm.

— *Das Recht des Warenkaufs* (Berlin 1957) I, 2 vol.

— *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, *RabelsZ* 1 (1927) 5 şi urm.

— *Die Unmöglichkeit der Leistung (Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch) Hommage à Immanuel Bekker* (Weimar 1907) 171 şi urm.

RADBRUCH, GUSTAV. — *Der Geist des englischen Rechts* (ed. a 3-a, Göttingen 1956).

** — **Uber die Methode der Rechtsvergleichung**, *MKSR* II (1905/06) 423 şi urm.

RADIN. — *Social Anthropology* (New York, London 1932).

RAISER, LUDWIG. — *Das Eigentum als Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas*, *RabelsZ* 26 (1961) 230 şi urm.

* **RAISER, THOMAS.** — *Was nützt die Soziologie dem Recht ?*, *JZ* 1970, 665.

** — **Einführung** *in die Rechtssoziologie* (Berlin 1972).

RASSAT. — *L'astreinte définitive*, J.C.P. 1967.1.2069.

** **RAUCHHAUPT, FR. W. VON.** — **Correlaciones** *en el desarollo de los derechos de Europa y de América* (Buenos Aires 1928).

* — *Die wissenschaftliche Pflege der Rechtsvergleichung*, *ARWiphil* 23 (1929/30) 149 şi urm.

RAVÀ. — *Corso di diritto pubblico comparato* (Firenze 1934).

REESE, WILLIS L.L. — *Unification of Common Law Rules: The role of the American Law Institute*, *Reports from the United States of America on topics of major concern as established for the VIII Congress of the International Academy of Comparative Law* (Brussels 1970) 171 şi urm.

REGUL, RUDOLF. — *Steuern und Zölle im Gemeinsamen Markt*, *vol. V, Doppelbesteuerungsabkommen* (Baden-Baden, situaţia martie 1963) B-I.

REHFELDT, B. — *Einführung in die Rechtswissenschaft* (ed. a 2-a, Berlin 1966).

* — *Grenzen der vergleichenden Methode in der rechtsgeschichtlichen Forschung (Antrittsvorlesungen der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn a. Rh.)* (Bonn 1942).
— *Die Wurzeln des Rechts* (ed. 1, Berlin 1951).

REICH. — *Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas* (1967).

REMELÉ. — *Bemerkungen zu der Frage der positiven Rechtsverletzungen*, *Recht* 1912, 570 şi urm.

RENARD, R.C. — *La contribution du droit canonique au droit comparé* (*Recueil Lambert*) I, 108.

** **RHEINSTEIN, MAX.** — **Die Rechtshonorationen** *und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung*, *RabelsZ* 34 (1970) 1 şi urm.

** — **Teaching Comparative Law**, *UoCLR* V (1938) 615 şi urm.
— *Teaching Tools in Comparative Law*, *AJoCL* 1 (1952) 99 şi urm.

** — **Types of Reception**, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 31 şi urm.

* **RIESE, OTTO.** — *Etude sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse* (*Mélanges Francois Guisan*, Lausanne 1950) 168 şi urm.
— *Das Sprachproblem in der Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, *Festschrift für Dölle* (Tübingen 1963) II, 507 şi urm.

RIPERT, GEORGES. — *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, *Mélanges Gény* (Paris 1934) II, 347 şi urm.
— *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (Paris 1936).
— *Les règles du droit civil applicable aux rapports internationaux*, *RCADI* 44 (1933) II, 469 şi urm.

RIVERO, JEAN. — *Cours de droit administratif comparé* (*Les cours de droit*, Paris 1955).
— *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, *Livre du Centenaire*, I, 199 şi urm.
— *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, *Annuaire français de droit international* 4 (1958) 295 şi urm.

ROBLOT. — *IIe Rapport général (25): Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques* (Paris 1955).

ROCCO, U. — *Trattato di Diritto Processuale Civile* (ed. 1, Torino 1959).

RODIÈRE, RENÉ. — *Introduction au droit comparé* (Barcelona 1967).
— *La responsabilité civile* (Extrait, Paris 1952).

ROLLAND, MAURICE. — *La magistrature française devant le droit comparé*, *Livre du Centenaire*, I, 352 şi urm.

RÖHL, WILHELM. — *Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht* (Frankfurt, Berlin 1959).

ROTHACKER, E. — *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften* (Bonn 1948).

ROTHOEF, DIETRICH. — *System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung* (Tübingen 1968).

** **ROTONDI, MARIO.** — **Technique du droit** *dogmatique et droit comparé, RIDC* 20 (1968) 14.

ROTTER, FRANK. — *Dogmatische und soziologische Rechtsvergleichung. Eine methodologische Analyse für die Ostrechtsforschung, OstEuRE* 1970, 81 şi urm.

ROUBIER, PAUL. — *Théorie générale du droit* (Paris 1946, 1951).

** — **L'ordre juridique** *et la théorie des sources du droit, Le droit privé français au milieu du XXe siècle* (Paris 1950) I, 9 şi urm.

ROUSSEAU, CHARLES. — *Droit international public* (Paris 1953).

ROZMARYN. — *Communication; A propos des Colloques de l'Association internationale des Sciences juridiques sur la règle de la légalité, RIDC* 10 (1958) 1 şi urm.

RÜBER, HANS-JOSEF. — *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Konkretisierung allgemeinen Rechtsgrundsätze* (Köln 1970).

RUFFIA, PAOLO BISCARETTI DI. — *Diritto costituzionale* (ed. a 9-a, Milano 1972).
— *Introduzione al diritto costituzionale comparato* (Milano 1969).
— *Eléments de droit constitutionnel européen* (Torino 1956).

RÜMELIN, M. — *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrecht und ihre Begründung* (ed. 1, Tübingen 1929).

SACCO, R. — *Rapport de la Commission A. (Actes de la deuxième Conférence des Facultés de droit,* Strasbourg 1971) 344 şi urm.
— *Il concetto di interpretazione del diritto* (Torino 1947).

SAINCTELETTE, C. — *De la responsabilité et de la garantie (Accidents de transport et de travail)* (Bruxelles, Paris 1884).

SALEILLES, RAYMOND. — *Les accidents du travail et la responsabilité civile* (Paris 1897).
— *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada, RTDC* (1911) 23 şi urm.
— *Conception et objet de la science juridique du droit comparé (Procès-verbaux)* I, 167.
— *De la déclaration de volonté* (Paris 1901).
— *Introduction à l'étude du droit civil allemand* (Paris 1904).
** — *Rapport présenté à la Commission d'organisation sur l'utilité et le but et le programme du Congrès (Procès-verbaux)* I, 11.
— *Les rapports du droit et de la sociologie, RIdIE* (1904) 429 şi urm.

* **SALOMON.** — *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (Berlin 1919; ed. a 2-a, Berlin 1925).

* **SAND, PETER H.** — *Die Reform des äthiopischen Erbrechts. Problematik einer synthetischen Rezeption*, *RabelsZ* 34 (1969) 413 şi urm.

* **SANDROCK, OTTO.** *Uber Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (Frankfurt-Berlin 1964).

SANTILLANA. — *Istituzioni di diritto musulmano malchita* (ed. 1, Roma 1926/1938) 2 vol.

SARFATTI, MARIO. — *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*, *RIDC* 3 (1951) 69 şi urm.

* — *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino 1933).

SAROTTE. — *Le matérialisme historique dans l'étude du droit* (Paris 1970).

SATTA, S. — *Diritto Processuale Civile* (ed. a 7-a, Padova 1967).

* **SAUSER-HALL, GEORGES.** — *La Fonction et la méthode du droit comparé* (Genève 1913).

SAUVEPLANNE, JEAN-GEORGES. — *Mesures tendant à concilier les divergences et à résoudre ces divergences par voie juridictionnelle*, *IIe rencontre des organisations s'occupant de l'unification de droit (Rome, les 11-15 octobre 1959) Institut International pour l'Unification du Droit Privé (Unidroit)* (Roma 1959) 30 şi urm.

SAUZET, MARC. — *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, *RCLJ* (1883) 596 şi urm. şi 667 şi urm.

** **SAVATIER, RENÉ.** — **Les métamorphoses économiques** *et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (Paris 1948; ed. a 2-a, Paris 1952; seria a doua Paris 1959; seria a treia Paris 1959).

— *Les bases sociales du droit comparé et l'accélération de l'histoire*, *PCdDC*, II, 377 şi urm.

— *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, *RTDC* 1934, 525.

** — **Traité** *de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural* (ed. a 2-a, Paris 1950) 2 vol.

SAWAS, PACHA. — *Etudes sur la théorie du droit musulman* (Paris 1892-1898) 2 vol.

SCHACHT, J. — *The origins of Muhammadan Jurisprudence* (ed. a 2-a, Oxford 1933).

— *Introduction to Islamic Law* (ed. 1, Oxford 1964).

SCHECHTER, ALAN H. — *Interpretation of ambiguous documents by international administrative tribunals* (London 1964).

SCHERRER, WERNER. — *Zur Frage der internationalen Vereinheitlichung des Privatrechts. Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen der juristischen Fakultät der Universität Basel*, Cahier 2 (Basel 1939).

SCHLEICHER. — *Die darwinsche Theorie und die Sprachwissenschaft* (Weimar 1873).

** **SCHLESINGER, RUDOLF.** — **The Common Core** *of Legal Systems: an Emerging Subject of Comparative Study, XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema* (Leyden 1961) 66 şi urm.

— *Comparative Law (Cases-Text-Materials)* (ed. a 2-a, London 1960).

— *Research on the general principles of law, recognized by civilized nations*, *AJoIL* 1957, 735 şi urm.

** — **Formation of Contracts**, *A Study of the Common Core of Legal systems* (1968) 2 vol.

SCHLESINGER, R. şi BONASSIES, P. — *Le fond commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches*, *RIDC* 15 (1963) 501 şi urm.

SCHMIDT, MAX. — *Die Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für die Ethnologie*, *ZvglRwiss* 37 (1919) 354 şi urm.

SCHMIDT, WILHELM. — *Der Ursprung der Gottesidee* (Münster 1912-1955) 12 vol.

** **SCHMIDT - KOPPERS.** — **Völker und Kulturen**, Partea 1, *Gesellschaft und Wirtschaft der Völker* (Regensburg 1924).

SCHMITTHOFF, C. — *The Science of Comparative Law*, *CLJ* VII (1941) 96 şi urm.

** **SCHNITZER, ADOLF.** — **Die Annäherung** *der Völker und ihrer Rechte*, *ZfRV* 1963, 227 şi urm.

** — **De la diversité** *et de l'unification du droit, aspects juridiques et sociologiques* (Bâle 1946).

* — *Vergleichende Rechtslehre* (ed. a 2-a, Basel 1961/62) 2 vol.

SCHÖNBAUER. — *Zur Frage des Liegenschaftserwerbes im Altertum: Das Recht der Kartographie. Atti del IV Congresso internazionale di papirologia* (Milano 1936) 442 şi urm.

SCHOLZ, WERNER. — *Zum Funktionswandel internationaler Doppelbesteuerungs- abkommen. Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht und Atomenergierecht* (Göttingen 1965).

SCHROEDER. — *Die sowjetische Westrechtforschung*, *OstEuRe* 15 (1969) 357 şi urm.

SCHUBART. — *Die Griechen in Agypten*, anexa 10 la *«Alten Orient»* (Leipzig 1927).

SCHULZ, FRITZ. — *Prinzipien des römischen Rechts* (reeditare Berlin 1954).

SCHUMACHER, DETLEF. — *Das rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts* (Stuttgart 1969).

SCHUSTER, ERNST. — *Die praktische Bedeutung der vergleichenden Rechtswissenschaft für des Familien- und Erbrecht*, *JbIVeVglRwiss* II (1896) 71 şi urm.

SCHWARZ, ANDREAS B. — *Das englische Recht und seine Quellen*, în: *Die Zivilgesetze der Gegenwart* (ed. 1, Berlin 1931) II, 1 şi urm.

— *Rechtsgeschichte und Gegenwart, Rezeption und Assimilation* (Karlsruhe 1960) 140 = *La réception et l'assimilation des droits étrangers* (*Recueil Lambert*) II, 581 şi urm.

** — **Das schweizerische Zivilgesetzbuch** *in der ausländischen Rechtsentwicklung* (Zürich 1950).

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF. — *Völkerrecht und Rechtsvergleichung*, *JR* 1952, 330 şi urm.

SCHWARZENBERGER. — *The Standard of Civilisation in International Law*, *Current Legal Problems* 1955, 228.

SCHWIND, F. — *Inhalt und Sprache internationalprivatrechtlicher Konventionen* (Thessaloniki 1968).

SECKEL, E. — *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, *Festschrift für Koch* (Berlin 1903) 210 şi urm.

** **SEIDL - HOHENVELDERN.** — **Methods for a comparative approach** *to public international Law*, *Recueil Egawa* (Tokio 1961) 153 şi urm.

** — **Die Rolle der Rechtsvergleichung im Völkerrecht**, *Hommage à Verdross* (Wien 1960) 256 şi urm.

SERENI. — *Teaching Comparative Law*, *HarvLR* 64 (1951) 770 şi urm.

SERICK, RALPH. — *La responsabilité civile en droit allemand*, *RIDC* 7 (1955) 560 şi urm.

— *Uber den Wert der Privatrechtsvergleichung im Völkerrecht*, în: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg* (Heidelberg 1967) 215 şi urm.

— *Zur Behandlung des anglo-amerikanischen Trust im Kontinentaleuropäischen Recht*, *Festschrift für Nipperdey* (München, Berlin 1965) II, 653 şi urm.

SIGWART, CHRISTOPH. — *Logik* (Tübingen 1889; ed. a 5-a, 1924).

SIMIAND. — *Méthode historique et science sociale*, *Revue de Synthèse* (1903).

SINAY, HÉLÈNE. — *Les conventions sur les pensions alimentaires*, *RIDC* 6 (1954) 228 şi urm.

SZLADITS, CHARLES. — *Bibliography on Foreign and Comparative Law* (cu suplimente anuale începând din 1960) 3 vol.

SMITH, H.A. — *Interpretation in English and Continental Law*, *JoCL* IX (3e série, 1927) 153.

DE SOLA CAÑIZARES, FELIPE. — *Iniciación al derecho comparado* (Barcelona 1954).

SOLUS. — *Les transformations du droit luxembourgeois depuis 1804*, *BSLC* 66 (1936/37) 41 şi urm.

SPIRO, KARL. — *Uber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationsrechts* (Basel 1948).

STAEHELIN, BERNHARD. — *Die Vertragsverletzung im englischen und schweizerischen Privatrecht* (Basel 1954).

STAUDINGER, J. - WERNER, A. — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (ed. a 11-a, Berlin 1967) II.

STECKHAN, RAINER. — *Kartelle und zwischenstaatlicher Handel* (Stuttgart-Bruxelles 1967).

STEIN, ERWIN. — *Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung*, *NJW* 1964, 1745 şi urm.

STEVENSON. — *Comparative and Foreign Law in American Law Schools*, *Columbia LR* 50 (1950) 618 şi urm.

STOLL, HANS. — *Das Handeln auf eigene Gefahr-eine rechtsvergleichende Untersuchung* (Berlin-Tübingen 1961).

** **STONE, F.** — **The End to be Served by Comparative Law**, *TLR* 25 (1951) 325.

STONE, JULIUS. — *Roscoe Pound and sociological jurisprudence*, *HarvLR* 78 (1964) II, 1578 şi urm.

— *The Province and Function of Law* (Sydney 1946).

STOYANVITCH. — *Marxisme et droit* (Paris 1964).

STREBEL, H. — *Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht. Rapport au Congrès de Wien 1963*, *ZaöRV* 24 (1964) 406 şi urm.

STRUPP - SCHLOCHAUER. — *Wörterbuch des Völkerrechts* (Berlin 1962) vol. III.

STURM, FRITZ. — *Literaturschau: Römisches Recht-Römisches Privatrecht und Pandekten*, *JuS* 1969, 445 şi urm. şi 1970, 47 şi urm.

— *Compte rendu du Wörterbuch der deutschen und französischen Rechtssprache par Michael Doucet*, *JR* 1968, 440.

— *Compte rendu de l'ouvrage de* **Ferid**, *Das französische Zivilrecht*, *JZ* 1971, 701 şi urm.

STUYT, A.M. — *The General Principles of Law as applied by International Tribunals to Dispute on Attribution and Exercise of State Jurisdiction* (La Haye 1946).

SZABÓ, JOSEF. — *Comparative Constitutional Law: its Possibility and Limits*, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1971, 132 şi urm.

SZABÓ, IMRE. — *Les aspects historiques du droit comparé en Hongrie*, *Livre du Centenaire* II, 377 şi urm.

** — **La science comparative du droit**. *Annales Universitatis scientiarum Budapestiensis. Sectio juridica* V (1964) 91 şi urm.

** — **Science du droit et coexistence pacifique**, *Boletin Mexicano de derecho comparado*, N.S. 1 (1968) 421 şi urm.

TABBACH. — *L'enseignement du droit et la coopération internationale*, *RIDC* 3 (1951) 238 şi urm.

* **TALLON, DENIS.** — *La formation des contrats: recherche du fond commun des systèmes juridiques. Réflexions sur le projet de la Cornell Law School*, *RIDC* 20 (1968) 729 şi urm.

— *Comparative Law: Expending Horizons*, *JSPTL* (1969) 265 şi urm.

TARDE, G. — *Le droit comparé et la sociologie* (*Procès-verbaux*) I, 438 şi urm.

TAUBENSCHLAG, RAFAEL. — *Die Geschichte der Rezeption des griechischen Privatrechts in Agypten*, *Atti del IV Congresso internazionale di papirologia* (Milano 1936) 272 şi urm.

TAYLOR VON MEHREN, ARTHUR. — *Roscoe Pound and Comparative Law*, *HarvLR* 78 (1964) II, 1590 şi urm.

TCHKIKVADZÉ - ZIVS. — *L'évolution de la science juridique et du droit comparé en U.R.S.S.*, *Livre du Centenaire* II, 581 şi urm.

* **TEIGELACK, HEINZ-DIETER.** — *Die* **Unterhaltsansprüche** *der geschiedenen Ehegatten in rechtsvergleichender Darstellung. Frankreich, England, Deutschland* (Stuttgart 1970).

TEILHARD DE CHARDIN, PIERRE. — *Œuvres*, *L'avenir de l'Homme* (Paris 1959) vol. V.

THIEGHEM, P. VAN. — *La littérature comparée* (ed. a 3-a, 1946).

TERRÉ, FRANÇOIS. — *La méthode sociologique en droit comparé*, *VIIIe Congrès international de droit comparé (Pescara 1970)* (Paris 1970) 41 şi urm.

THURNWALD. — *Die menschliche Gesellschaft ihren ethnosoziologischen Grundlagen* (Berlin 1931) I.

TIMUR, HIFZI. — *The Place of Islamic Law in Turkish Law Reform*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 75 şi urm.

— *De la publication et de la célébration du mariage en Turquie*, *AnFD Istanbul* 6 (1956) 166 şi urm.

* **TÓTH, JÁNOS.** — *Rechtsvergleichung in Osteuropa*, *Journal der Internationalen Juristen-Kommission*, VI (1965) 276 şi urm.

TREVES. — *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri* (Milano 1969).

** **TRIMBORN, H.** — **Grundsätzliches** *zur Methode der historischen Rechtsforschung*, *ZvglRwiss* 42 (1926) 1 şi urm.

** — **Die Methode** *der ethnologischen Rechtsforschung*, *ZvglRwiss* 43 (1928) 416 şi urm.

TRIPICCIONE, ALBERTO. — *La comparazione giuridica* (Padova 1961).

TUNC, ANDRÉ. — *Comparative Law, Peace and Justice, XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honour of Hessel Yntema* (Leyden 1961) 80 şi urm.

— *Standards juridiques et unification du droit, Rapport, Livre du Centenaire*, II, 105 şi urm.

— *Le juriste et la noosphère, PCdDC*, II, 493 şi urm.

** — **La possibilité** *de comparer le contrat des systèmes juridiques à structures économiques différentes, RabelsZ* 27 (1962-63) 478 şi urm.

— *Le renouveau de l'astreinte en droit français, Hommage à Otto Riese* (Karlsruhe 1964) 397 şi urm.

— *Rapport, RIDC* 10 (1958) 365 şi urm.

— *Sortir du néolithique*, D. 1957. Chron. 73.

TUNC, ANDRÉ şi SUZANNE. — *Le système constitutionnel des Etats-Unis* (Paris 1954).

— *Sources et technique du droit des Etats-Unis d'Amérique* (Paris 1955).

TYLOR, BURNETT E. — *Primitive Culture* (London 1871; ed. a 7-a, New York 1924).

— *Researches in the early History of Mankind and the Development of Civilisation* (London 1865).

ULKEN, HILMI ZIYA. — *Le droit coutumier et le droit civil, AnFD Istanbul* 6 (1956) 89 şi urm.

ULMER, EUGEN. — *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* (München-Köln) editat de **Eugen Ulmer**: vol. I: **Eugen Ulmer** (cu colaborarea lui **Friedrich Karl Beier**), *Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung* (1965); vol. II, 1 Halbband: **Gerhard Schricker** şi **Detlef Wunderlich**, *Belgien, Luxembourg* (1967); vol. II, 2 Halbband: **Ludwig Baeumer** (cu colaborarea lui **M.C. van Mauen**), *Niederlande* (1967); vol. III: **Dietrich Reimer**, *Deutschland* (1968); vol. IV: **Rudolf Krasser** (cu colaborarea lui **Guy Sallerin** şi **Ulrich Schatz**), *Frankreich* (1967); vol. V: **Gerhard Schricker**, *Italien* (1965). Mai multe volume au fost deja traduse în franceză.

UNDERHILL'S, — *Law relating to Trust and Trustees* (ed. a 7-a, London, 1957).

UNGER. — *Uber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlischen Gesetzbuches, Jahrbuch der deutschen Rechtswissenschaft* 1 (1855) 353.

* **UYTERHOEVEN, HUGO.** — *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung* (Bern 1959).

VALLADĂO. — *Private International Law, Uniform Law and Comparative Law, Legal Essays in Honour of Hesel Yntema* (Leyden 1961) 98 şi urm.

VALLINDAS, PETROS. — *Droit uniforme international et droit comparé, Jus et Lex, Hommage à Max Gutzwiller* (Bâle 1959) 189 şi urm.

— *General principles of law and the hierarchy of the Sources of the international law*, în: *Hommage à Spiropoulos* (Bonn 1957) 427 şi urm.

VELIDEDEOGLU, HIFZI VELDET. — *De certains problèmes provenant de la réception du Code civil suisse en Turquie, AnFD Istanbul* 6 (1956) 99 şi urm.

VERDROSS, ALFRED. — *Les principes généraux de droit comme sources du droit des gens, RCADI* (1932) 291 şi urm.

** — **Les principes généraux** *du droit dans la jurisprudence internationale, RCADI* 52 (1935) II, 195 şi urm.

VOLLKOMMER. — *Der materielle und formelle Begriff der freiwillligen Gerichtsbarkeit im englischen Recht. Eine prozessvergleichende Untersuchung* (Diss. München 1960).

WAHL, EDUARD. — *Methoden und Grenzen der Rechtsvereinheitlichung. Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, în: *Beitraäge zur Rechtsforschung*, Număr special al *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen 1950) 298 şi urm.

— *Influences climatiques sur l'évolution du droit en Orient et en Occident. Contribution au régionalisme en droit comparé, RIDC* 25 (1973) 261 şi urm.

WALTON, F.P. şi AMOS, SHELDON. — *Introduction to French Law* (Oxford 1935, ed. a 3-a, 1967 de **Lawson-Anton-Brown**).

WAGNER, W.J. — *Research in Comparative Law, Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (Indianapolis-New York 1962) 511 şi urm.

WEBER, WILHELM. — *Der gegenwärtige Stand der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland. Deutsche Landersreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, în: *Beiträge zur Rechtsforschung*, Număr special al *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen 1950) 263 şi urm.

WEIL, ALEX. — *La relativité des conventions en droit privé français* (Thèse Strasbourg, Paris 1930).

WEINKAUF. — *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, *NJW* 1960, 1689.

— *Richtertum und Rechtsprechung in Deutschland* (Tübingen 1952).

WEISS, A. — *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil* (*Procès-verbaux*) I, 347.

WEISS, EGON. — *Die Rechtsvergleichung in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* (Prag 1934).

WENGER, LEOPOLD. — *Nationales, griechisches und römisches Recht in Agypten*, *Atti del IV Congresso internazionale di Papirologia* (Milano 1936) 160 şi urm.

— *Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire des droits antiques* (*Recueil Lambert*) I, 140 şi urm.

* **WENGLER, WILHELM.** — *Beiträge zum Problem der internationalen Doppelbesteuerung. Die Begriffsbildung im internationalen Steuerrecht*, în: *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, Cahier 11 (Berlin und Leipzig 1935).

— *Les conflits de lois et les principes d'égalité*, *RGDIP* 1963, 203 şi urm., 503 şi urm.

— *Völkerrecht* (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1967) I.

— *Die Anpassung des englisches Recht durch die Judikatur in den Vereinigten Staaten*, *Festschrift für Rabel*, I, 39 şi urm.

WESENBERG. — *Verträge zugunsten Dritter (Rechtsgeschichtliches und Rechts- vergleichendes)* (Weimar 1949).

WEYL, MONIQUE şi ROLAND. — *Y-a-t-il une conception marxiste du droit comparé? La nouvelle critique* 1961, 146 şi urm.

WIEACKER, FRANZ. — *Gesetz und Richterkunst* (Karlsruhe 1958).

** — **Privatrechtsgeschichte** *der Neuzeit* (ed. a 2-a, Göttingen 1967).

** — **Das Sozialmodell** *der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Karlsruhe 1952).

WIEDENSOHLER, G. — *Grundbegriffe des islamischen Rechts*, *RabelsZ* 1971, 632 şi urm.

WIGMORE. — *Jottings on Comparative Legal Ideas and Institutions*, *TLR* VI (1931) 50 şi urm.

— *More Jottings on Comparative Legal Ideas and Institutions*, *TLR* VII (1932) 264 şi urm.

** — **A Panorama** *of the World's Legal Systems* (Saint Paul 1928) 3 vol.

WILLIAMS, JAMES. — *The Institutes of Justinian Illustrated by English Law* (London 1893).

WINDSCHEID, BERNHARD-KIPP. — *Lehrbuch des Pandektenrechts* (ed. a 9-a, *unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichten Rechts*, de Theodor Kipp, Frankfurt 1906) 3 vol.

WINFIELD, PH. H. — *La constatation du droit étranger* (*Recueil Lambert*) I, 532 şi urm.

— *The Chief Sources of English Legal History* (ed. 1, New York 1925).

WINIZKY IGNACIO. — *De la technique comparative en droit*, *PCdDC* II, 517 şi urm.

WINZER. — *Das Recht Altmexikos*, *ZvglRwiss* 45 (1930) 326 şi urm.

WOLFF - LÜKE - HAX. — *Scheidung und Scheidungsrecht* (Tübingen 1959).

WOLFF, KARL. — *Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofes*, *KSE* 1, 199 şi urm.

WOLFF, KARL. — *Les principes généraux du droit applicable dans les rapports internationaux*, *RCADI* 36 (1931) II, 483.

WULF, CHRISTIAN DE. — *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law* (Bruxelles 1965).

YNTEMA, HESSEL. — *The American Journal of Comparative Law*, *AJoCL* 1 (1952) 12.

— *Comparative Legal Research-Some remarks on «Looking out of the Cave»*, *MichLR* 54 (1956) 899 şi urm.

— *Comparative Legal Studies and the Mission of the American Law School*, *Louisiana LR* 17 (1957) 538 şi urm.

— *Le droit comparé et l'humanisme*, *RIDC* 10 (1958) 693 şi urm.
— *Research in Inter-American Law at the University of Michigan*, *MichLR* 43 (1944) 557 şi urm.
— *Roman Law as the Basis of Comparative Law. A Century of Progress (1835-1935)* (New York University School of Law 1937) I, 346.
— *Comparative Law in Legal Education*, *UoCLR* 18 (1951) 264 şi urm.

ZAJTAY, IMRE. — *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, *AcP* 156 (1957) 361 şi urm. = *La réception des droits étrangers et le droit comparé*, *RIDC* 9 (1957) 686 şi urm.
— *La réception globale des droits étrangers*, *Rapport présenté au VIIIe Congrès de droit comparé (Pescara 1970)* (*Etudes de droit contemporain*, Paris 1970) 31 şi urm. = *Zum Begriff der Gesantrezeption fremder Rechte*, *AcP* 170 (1970) 265 şi urm.

ZANZUCCHI, M.T. — *Diritto processuale civile* (ed. a 5-a, Milano 1964).

ZITELMANN, ERNST. — *Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé* (*Procès-verbaux*) I, 189 şi urm.
— *Lüchen im Recht* (Leipzig 1903).

* **ZEMANEK, KARL.** — *Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten ?*, *ZaöRV* 24 (1964) 461 şi urm.

ZWEIGERT, KONRAD. — *Compte rendu*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 355 şi urm.

** — *Zur Methode der Rechtsvergleichung*, *Studium Generale* 13 (1960) 193 şi urm. = **Méthodologie du droit comparé**, în: *Mélanges Maury* (Paris 1960) I, 583 şi urm.

** — *Die Rechtsvergleichung als universale* **Interpretationsmethode**, *RabelsZ* 15 (1949/50) 5 şi urm.
— *Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, *RabelsZ* 16 (1951) 387 şi urm.

** — **Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung.** *Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950*, în: *Beiträge zur Rechtsforschung*, *Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen 1950) 251 şi urm.
— *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, în: *Festschrift für Bötticher* (1969) 443 şi urm.

— *Die dritte Schule im internationalen Privatrecht*, *Festschrift für Leo Raape* (Hamburg 1948) 35 şi urm.

** — **Des solutions identiques** *par des voies différentes*, *RIDC* 18 (1966) 5 şi urm.

* **ZWEIGERT, KONRAD - KÖTZ, HEINZ.** — *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* (Tübingen, vol. I, 1971; vol. II, 1969).

BCU IAŞI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

CUPRINS

OPERE ALE ACELUIAŞI AUTOR
LISTA DE ABREVIERI
CUVÂNT ÎNAINTE

CARTEA I - PRINCIPALELE ELEMENTE ALE METODEI COMPARATIVE ŞI PROBLEMA COMPARABILITĂŢII

1. Planul cărţii 3

CAPITOLUL I - ELEMENTE ŞI PROBLEME ALE METODEI COMPARATIVE 4

2. Aspectul fragmentar şi incomplet al studiilor despre metoda comparativă 4
3. Experienţa personală şi învăţământul metodologic 8
4. Dezavantajele vechilor definiţii ale metodei comparative 9
5. Compararea şi metoda comparativă 10
6. Elementele metodei comparative 12
7. Informare comparativă şi comparare sistematică 13
8. Compararea sistematică deformantă 16
9. *Tertium comparationis* şi numărul ordinilor juridice de comparat 23
10. Numărul şi alegerea ordinilor juridice de comparat 28
11. Compararea sincronică şi diacronică 32
12. Unitate sau pluralitate de metode 39
13. Autorii care cred în existenţa diverselor forme de comparare 41
14. Unitatea metodei comparative în ştiinţa juridică 48

CAPITOLUL II - COMPARABILITATEA TERMENILOR DE COMPARAT 52

15. Dublul plan pe care acţionează comparabilitatea în dreptul comparat 52

Secţiunea I - Termenii de comparat în alte ştiinţe comparative

16. Variabilitatea termenilor de comparat în raport cu ştiinţele şi disciplinele 53
17. Termenii de comparat în diverse ştiinţe şi discipline 54

Secţiunea a II-a - Comparabilitatea în ştiinţa juridică 57
18. Comparabilitatea în concepţia universalistă 57
19. Compararea instituţională în concepţia bazată pe o arhetipologie instituţională universală 59

Secţiunea a III-a - Probleme şi incertitudini ale elementelor comune 61
20. Absenţa comparabilităţii şi comparabilitatea evidentă 61
21. Paralelismul juridic şi identitatea lingvistică 62
22. Marile clasificări şi diviziuni juridice luate ca elemente comune 64
23. Noţiunile juridice fundamentale ca element comun 67
24. Principiile generale ca element comun 71
25. Comparabilitate şi *tertium comparationis* 72

Secţiunea a IV-a - Planurile pe care elementele comune se manifestă şi intensitatea acestora 74
26. Termenii de comparat ca elemente date. Dificultatea de a-i sesiza şi planurile pe care ei apar 74
27. Planul echivalenţei instituţionale 76
28. Planul echivalenţei funcţionale şi al rezultatelor 78
29. Cum se poate sesiza elementul comun care formează comparabilitatea? 83
30. Intensitatea echivalenţelor 85

CAPITOLUL III - COMPARABILITATEA ORDINILOR JURIDICE 87
31. Poziţia problemei 87
32. Compararea necesită o pluralitate de ordini juridice 88
33. Comparabilitatea ordinilor juridice în etnologia juridică 90
34. Compararea *ciclurilor* sau a *ariilor culturale* 91
35. Comparabilitatea ordinilor juridice ale popoarelor indo-germanice 95
36. Comparabilitatea ordinilor juridice de natură etnologică şi istorică 99
37. Comparabilitatea ce rezultă din analogia în construcţia ordinilor juridice 103
38. Comparabilitatea întemeiată pe apartenenţa ordinilor juridice la aceeaşi familie, civilizaţie sau stadiu de civilizaţie 105

39. Comparabilitatea ordinilor juridice având o ideologie şi o structură politico-socio-economică diferită (comparabilitatea cu ordinile juridice ale Sistemului socialist) 109

CARTEA a II-a - FAZELE PROCESULUI METODOLOGIC

40. Diviziunea procesului metodologic şi regula celor trei C 123

CAPITOLUL I - PRIMA FAZĂ: CUNOAŞTEREA TERMENILOR DE COMPARAT 125

Secţiunea I - Juxtapunere sau comparare 125
41. Studiul dreptului străin şi compararea ordinilor juridice 125
42. Scopul cunoaşterii în studiile de drept străin şi în compararea ordinilor juridice 128
43. Cunoaşterea instituţiilor juridice străine ca scop în sine 128
44. Cunoaşterea dreptului străin ca primă fază a comparării ordinilor juridice 130
45. Fragmentarea termenilor de comparat şi schema comparativă 131
46. Abstragere şi integrare a termenului de comparat în ordinea sa juridică 133

Secţiunea a II-a - Regulile metodologice ale acestei faze 134
47. Principiul metodologic fundamental care arată cum trebuie obţinută cunoaşterea termenului de comparat. Regulile metodologice ce decurg din aceasta 134

Secţiunea a III-a - Prima regulă metodologică 137
48. A studia termenul de comparat astfel cum este 137

Secţiunea a IV-a - A doua regulă metodologică 140
49. A examina termenul de comparat în sursele sale originare 140
50. Problema introducerilor în ordinile juridice străine şi ajutorul institutelor de drept comparat 143
51. Obstacolul lingvistic: terminologia juridică, traducerile terminologice, dicţionarele uni- şi plurilingve 147
52. Compararea prin persoană interpusă, prin mijlocitori sau prin monologuri paralele 154
53. Compararea pe bază de anchete şi de rapoarte naţionale... 156

Secţiunea a V-a - A treia regulă metodologică 160
54. A studia termenul de comparat în complexitatea totalităţii izvoarelor ordinii juridice avute în vedere 160
55. Exemple scoase din Sistemul european arătând cauzele care cer să se examineze termenul de comparat în totalitatea izvoarelor ordinii juridice respective 167
56. Textul legislativ, singur, nu poate arăta imaginea adevărată a termenului de comparat 169
57. Textul legislativ este prost redactat 171
58. Textul legislativ principal este completat de alte texte 172
59. Textul legislativ este completat sau modificat de aplicarea sa jurisprudenţială 173
60. Comparatistul nu trebuie să se încreadă, necontrolat, în opinia doctrinei naţionale 179
61. Comparatistul trebuie să sesizeze practica reală a regulii de drept 180

Secţiunea a VI-a - A patra regulă metodologică 183
62. A respecta ierarhia izvoarelor juridice a ordinii juridice avute în vedere. Variaţiile sale posibile 183
63. Ierarhia izvoarelor de drept şi a izvoarelor legislative în Sistemul european 185
64. Poziţia cutumei şi a jurisprudenţei printre izvoarele de drept în Sistemul european 188
65. Privire asupra ierarhiei izvoarelor de drept în Sistemul anglo-american 192
66. Ierarhia izvoarelor este un element determinant care se răsfrânge asupra metodei comparative 193

Secţiunea a VII-a - A cincea regulă metodologică 194
67. A interpreta termenul de comparat după metoda caracteristică ordinii juridice căreia îi aparţine 194
68. Exemplu de interpretare logică, dar abstractă şi falsă, a unui text străin 198
69. Privire asupra variaţiilor în metoda de interpretare în Germania şi în Franţa 199
70. Metoda de interpretare care variază în mod parţial între ordinile juridice ale aceluiaşi Sistem şi în mod profund între Sistemele juridice este un element determinant 207

CAPITOLUL II - FAZA A DOUA: ÎNŢELEGEREA TERMENULUI DE COMPARAT ... 209

Secţiunea I - Condiţiile înţelegerii ... 209
71. Obligaţia de a reintegra termenul de comparat în ordinea sa juridică ... 209
72. Concepţia lui Montesquieu ... 211
73. Poziţia autorilor moderni privind această regulă metodologică ... 213
74. Obiectul cercetării în timpul acestei faze ... 215
75. Motivele care cer integrarea termenului de comparat în ordinea sa juridică ... 216

Secţiunea a II-a - Primul motiv ... 218
76. Interferenţa altor instituţii, vecine sau complementare, ale aceleiaşi ordini juridice cu termenul de comparat ... 218
77. Executarea în natură în doctrina şi în dreptul englez ... 220
78. Executarea în natură în dreptul francez ... 222

Secţiunea a III-a - Al doilea motiv ... 224
79. Influenţa exercitată de elementele determinante ... 224

Secţiunea a IV-a - Al treilea motiv ... 226
80. Influenţa factorilor extra-juridici asupra apariţiei, structurii sau funcţiei termenilor de comparat ... 226

Secţiunea a V-a - Al patrulea motiv ... 229
81. Izvoarele sociale ale dreptului pozitiv ... 229
82. Raporturile *dat*-ului cu elementele determinante ... 232
83. Elemente şi factori care constituie *dat*-ul ... 234
84. Se confundă dreptul comparat cu sociologia juridică? ... 237
85. Factorul politic ... 244
86. Elementul economic ... 247
87. Scara de valori ... 250
88. Interacţiunea *dat*-ului şi *construit*-ului în diverse Sisteme juridice ... 251

CAPITOLUL III - FAZA A TREIA: COMPARAREA 253

Secţiunea I - Probleme preliminare 253
89. Juxtapunere şi comparare 253
90. Raporturile dintre cele trei faze ale procesului metodologic 254
91. Descriere şi sinteză comparativă 255
92. Compararea, sursă de noi cunoştinţe 256
93. Obiectivele şi demersurile metodologice în timpul celei de a treia faze 257

Secţiunea a II-a - Identificarea relaţiilor 259
94. Relaţiile, formele lor şi planul pe care ele acţionează 259
95. Exemple de diferenţe la care duce compararea pe planul practic 261
96. Importanţa relaţiilor 264

Secţiunea a III-a - Cauzele relaţiilor 267
97. Multiplicitatea cauzelor ce explică asemănările şi diferenţele 267
98. Cauzele relaţiilor nu pot fi căutate în evoluţia autonomă a dreptului nici în stadiile de evoluţie 269
99. Răspunsul dublu pe care îl putem da problemei cauzelor 269
100. Cauzele relaţiilor în etnologia juridică 272
101. Cauzele asemănărilor în istoria comparată a dreptului: receptare, împrumuturi şi creaţii spontane 273
102. Cercetarea istorică în cea de a treia fază 276
103. Schema teoretică a cauzelor posibile 278
104. Exemple de cauze ce explică asemănările sau deosebirile termenilor de comparat 283
a) Cauze de natură istorică
b) Cauze de natură economică
c) Cauze de natură politică sau socială
d) Voinţa deliberată a legiuitorului
e) Insuficienţa reglementării legale
105. Aprecierea finală a soluţiilor desprinse prin actul comparării 295

CAPITOLUL IV - NATURA EXPUNERII COMPARATIVE 298

106. Amploarea termenului de comparat 298
107. Cele două părţi ale expunerii 299
108. Expunerea trebuie oare să fie redusă doar la aspectele care au o mare valoare comparativă ? 299
109. Expunerea propriei ordini juridice în cursul comparării sistematice 301
110. Expunerea succesivă sau simultană 302

CARTEA a III-a - SCOPURILE ŞI FUNCŢIILE METODEI COMPARATIVE

111. Poziţia problemei şi planul 307

CAPITOLUL I - SCOPURILE ŞI FUNCŢIILE TEORETICE ALE METODEI COMPARATIVE 310

112. Noile cunoştinţe şi aplicarea lor teoretică 310
113. O mai bună cunoaştere a propriei ordini juridice 311
114. Folosirea cunoştinţelor comparative de către alte discipline 313
115. Confuzia privind principiile generale şi noţiunile învecinate 316
a) Principiile generale ale dreptului
b) Drept comun şi fond comun
c) *Common Core*
116. Metoda comparativă ca instrument în stare să desprindă legile evoluţiei dreptului 324
a) Compararea nu poate fi nici un instrument de reconstrucţie, nici de previziune a evoluţiei dreptului
b) Compararea poate indica tendinţa evoluţiei anumitor instituţii juridice
117. Elaborarea teoriei generale a dreptului pe o bază comparativă 329
118. Compararea ca instrument pentru elaborarea unei sistematizări supranaţionale, a unei terminologii juridice universale şi a tipurilor ideale 334
a) Sistematizarea supranaţională
b) Terminologia juridică supranaţională

c) Funcţia comparării ca instrument pentru elaborarea sistemelor teleologice abstracte, a noţiunilor şi a tipurilor
119. Elaborarea unei Ştiinţe juridice universale comparative 343
120 . Dreptul comparat ca instrument de educare şi de formare juridică 351
121. Funcţia dreptului comparat ca instrument pentru o mai bună cunoaştere şi apropiere a popoarelor, de cooperare internaţională şi de pace 353

CAPITOLUL II - SCOPURILE PRACTICE ALE COMPARĂRII 355

122. Funcţia de control şi de orientare a metodei comparative 355
a) Funcţia de orientare şi de control a comparării în domeniul politicii legislative
b) Funcţia de orientare şi de control a comparării în domeniul politicii jurisprudenţiale
c) Funcţia de orientare şi de control a comparării în cadrul doctrinei
123. Rolul metodei comparative cu prilejul elaborării tratatelor internaţionale 363
124. Rolul comparării cu prilejul interpretării tratatelor 369
125. Metoda comparativă şi principiile generale ale dreptului în dreptul internaţional 376
126. Funcţiile comparării în dreptul Comunităţilor europene 379
a) Compararea în elaborarea dreptului comunitar secundar
b) Rolul comparării în formarea şi dezvoltarea dreptului comunitar
c) Principiile comune ale statelor membre ca izvor de drept pozitiv comunitar
127. Dreptul comparat şi dreptul internaţional privat 386
128. Funcţia comparării cu prilejul receptării şi interpretării dreptului străin primit 391
129. Compararea şi unificarea juridică 401

BIBLIOGRAFIE 413

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

JURIDICA

Compararea reprezintă un procedeu general al spiritului. De aceea, numeroase ştiinţe sau discipline au reluat-o şi au dezvoltat-o, pentru a face din ea o metodă proprie de cercetare. Şi în domeniul juridic, metoda comparativă se dovedeşte a fi un instrument ştiinţific ce înlesneşte atingerea anumitor obiective: e un mijloc pus în slujba a numeroase scopuri.

De vreme ce dreptul comparat şi-a cucerit dreptul la existenţă dovedindu-şi vitalitatea prin chiar viaţa sa, întocmai cum filozoful din antichitate demonstra mişcarea prin mers, e timpul să supunem metoda comparativă unui examen analitic şi critic, să-i precizăm procedeele şi să-i descriem funcţionarea.

Obiectul acestei lucrări este examinarea metodei comparative ca instrument specific şi punerea astfel în evidenţă a diferitelor demersuri pe care comparatistul trebuie să le întreprindă pentru a realiza un studiu comparativ.

Scopul urmărit nu e teoretic, ci practic. Acest studiu nu caută să dea metodei comparative rigiditatea matematică sau alura dogmatică pe care alte metode le posedă sau doresc să le aibă.

Volumul va fi împărţit în trei cărţi. Prima este consacrată examinării mai multor chestiuni metodologice prealabile şi mai ales analizării problemei comparabilităţii. Obiectul celei de a doua cărţi este determinarea, examinarea şi descrierea diferitelor faze ale procesului metodologic. În fine, a treia carte va preciza diferitele scopuri şi funcţii ce pot fi atribuite metodei comparative.

RESTITUTIO

ISBN 973-9392-49-0

23.500,